

REVISTA DE  
**ESTUDOS  
CRIMINAIS**

Nº 92 - JANEIRO/MARÇO 2024

**tirant  
lo blanch**



**ESCOLA DE  
DIREITO**

REVISTA DE  
**ESTUDOS  
CRIMINAIS**

**Nº 92 - JANEIRO/MARÇO 2024**



ESCOLA DE  
**DIREITO**

**Copyright© Tirant lo Blanch Brasil**

*Editor Responsável: Aline Gostinski*

*Capa, Projeto Gráfico e Diagramação: Analu Brettas*

Publicação do Instituto Transdisciplinar de Estudos Criminais e do Programa de Pós-graduação em Ciências Criminais da Escola de Direito da PUCRS publicada pela Editora Tirant lo Blanch Brasil.

Os conceitos emitidos em trabalhos assinados são de responsabilidade de seus autores. Os originais não serão devolvidos, embora não publicados. Os artigos são divulgados no idioma original ou traduzidos.

Os acórdãos selecionados para esta Revista correspondem, na íntegra, às cópias dos originais obtidas na Secretaria do Supremo Tribunal Federal e dos demais tribunais.

Proibida a reprodução parcial ou total, sem autorização dos editores.

## REVISTA DE ESTUDOS CRIMINAIS – ANO XXIV – Nº 92

ISSN 1676-8698

Periodicidade trimestral

### ASSINATURAS:

São Paulo: (11) 2894-7330 - (48) 9 9914-0685

comercial2@tirant.com / atendimento@tirant.com

editoratirantbrasil@tirant.com

www.itecrs.org/rec

tirant.com/br - editorial.tirant.com/br

DOI: 10.53071/jou-2023-04-15-643ac31e48f30

*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 lo Blanch.**

Fone: 11 2894 7330 / Email: editora@tirant.com / atendimento@tirant.com

tirant.com/br - editorial.tirant.com/br/

REVISTA DE  
**ESTUDOS  
CRIMINAIS**

**Nº 92 - JANEIRO/MARÇO 2024**



ESCOLA DE  
**DIREITO**

# REVISTA DE ESTUDOS CRIMINAIS

ANO XXIV – 2024 – Nº 92

---

## Editores-chefes

Prof. Dr. Daniel Achutti  
Prof. Dr. Rodrigo Moraes de Oliveira

## Editores-assistentes

Mestre Alberto Rutke  
Doutora Maria Eduarda Azambuja Amaral  
Mestranda Vitória Battisti da Silva

## Consultores

Prof. Dr. Alexandre Wunderlich  
Prof. Dr. Nereu Giacomolli

## Conselho Editorial Nacional

Profa. Dra. Ana Cláudia Bastos de Pinho (Universidade Federal do Pará)  
Prof. Dr. Augusto Jobim do Amaral (Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul)  
Prof. Dr. Aury Celso Lopes Júnior (Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul)  
Prof. Dr. Cezar Roberto Bitencourt (Faculdade Damas da Instrução Cristã/PE)  
Profa. Dra. Clarice Beatriz Sohngen (Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul)  
Prof. Dr. Davi Tangerino (Universidade do Estado do Rio de Janeiro)  
Prof. Dr. Fabio Roberto D'Avila (Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul)  
Prof. Dr. Felipe Augusto Forte de Negreiros Deodato (Universidade Federal da Paraíba)  
Prof. Dr. Geraldo Prado (Universidade Autónoma de Lisboa)  
Profa. Dra. Helena Regina Lobo da Costa (Universidade de São Paulo)  
Profa. Dra. Heloisa Estellita (Fundação Getúlio Vargas)  
Prof. Dr. Jacinto Nelson de Miranda Coutinho (Universidade Federal do Paraná)  
Prof. Dr. Luiz Eduardo Soares (Universidade Federal do Rio de Janeiro)  
Prof. Dr. Marcelo de Almeida Ruivo (Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul)  
Prof. Dr. Paulo Vinicius Sporleder Souza (Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul)  
Prof. Dr. Ricardo Jacobsen Gloeckner (Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul)  
Prof. Dr. Sebastian Borges de Albuquerque Mello (Universidade Federal da Bahia)  
Prof. Dr. Salo de Carvalho (Universidade Federal do Rio de Janeiro)

### Endereço para correspondência:

Prof. Dr. Alexandre Wunderlich – Direção da Revista de Estudos Criminais  
Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais – PPGCCRIM  
Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS  
Av. Ipiranga, 6681 – Porto Alegre/RS  
CEP 90619-900 – E-mail: rec@itecrs.org

# REVISTA DE ESTUDOS CRIMINAIS

ANO XXIV – 2024 – Nº 92

---

## Conselho Editorial Internacional

Prof. Dr. Adem Sözüer (Universidade de Istambul)  
Prof. Dr. Arndt Sinn (Universidade de Osnabrück)  
Prof. Dr. Byung-Sun Cho (Universidade Cheongju)  
Prof. Dra. Clelia Iasevoli (Universidade de Nápoles)  
Prof. Dr. David Sanchez Rúbio (Universidade de Sevilha)  
Prof. Dr. Fernando Machado Pelloni (Universidade de Buenos Aires)  
Prof. Dr. Luis Greco (Universidade Humboldt de Berlim)  
Prof. Dr. Manuel Monteiro Guedes Valente (Universidade Autónoma de Lisboa)  
Prof. Dr. Manuel Jesus Sabariego Gómez (Universidade de Sevilha)  
Prof. Dra. Maria João Antunes (Universidade de Coimbra)  
Prof. Dr. Rui Cunha Martins (Universidade de Coimbra)  
Prof. Dr. Stefano Ruggieri (Università deli Studi di Messina)  
Prof. Dr. Vittorio Manes (Universidade de Bolonha)

## Professores pareceristas

Adrian Silva. Adriano Teixeira. Alaor Leite. Alexis Couto de Brito. André Machado Maya. Ângelo Roberto Ilha da Silva. Antônio Martins. Antonio Tovo. Antônio Vieira. Bruno Tadeu Buonicore. Bruno Rotta de Almeida. Caique Ribeiro Galicia. Camila Hernandez. Carolina Stein. Camile Eltz de Lima. Carlo Velho Masi. Chiavelli Fazenda Falavigno. Christiane Russomano Freire. Conrado Gontijo. Daniel Brod Rodrigues de Sousa. Denis Andrade Sampaio Junior. Denise Luz. Eduardo Baldissera Carvalho Salles. Eduardo Pitrez de Aguiar Corrêa. Eduardo Saad-Diniz. Eduardo Viana. Fabiane da Rosa Cavalcanti. Fábio D'Avila. Felipe De-Lorenzi. Felipe Faoro Bertoni. Felipe Mrack Giacomolli. Frederico Horta. Gabriel Divan. Gamil Föppel. Giovanni Saavedra. Guilherme Michelotto Bôes. Guilherme Lucchesi. Gustavo Noronha de Ávila. Henrique Saibro. Jacqueline Sinhoretto. Jader Marques. Jádía Timm dos Santos. Janaina Roland Matida. Jhonatas Pérciles Oliveira de Melo. João Daniel Rassi. João Paulo Orsini Martinelli. Jorge Trindade. José Carlos Porciúncula. José Linck. Keity Mara Ferreira de Souza e Saboya. Laura Gigante Albuquerque. Laura Girardi Hypolito. Leonardo Schmitt de Bem. Luiz Antônio Bogo Chies. Luiza Farias Martins. Marçal Luis Ribeiro Carvalho. Marcella Alves Mascarenhas Nardelli. Marcelo Almeida Ruivo dos Santos. Marcelo Azambuja Araújo. Marcelo Buttelli Ramos. Marcelo Mayora Alves. Marco Scapini. Marcos Eduardo Eberhardt. Mariana Gastal. Marina Pinhão Coelho Araújo. Mariana Weigert. Moysés Pinto Neto. Michelle Karen Batista dos Santos. Nestor Araruna Santiago. Patricia Carraro Rossetto. Paulo César Busato. Paulo Vinicius Sporleder de Souza. Raffaella Pallamolla. Ramiro Gomes Von Saltiel. Raphael Boldt. Raquel Lima Scalcon. Renata Machado Saraiva. Romulo Fonseca Morais. Rowana Camargo. Ruth Maria Chittó Gauer. Thiago Allisson Cardoso de Jesus. Thiago Bottino do Amaral. Victor Gabriel Rodríguez. Twig Lopes. Vinicius Gomes de Vasconcelos.

# REVISTA DE ESTUDOS CRIMINAIS

ANO XXIV – 2024 – Nº 92

---

PUCRS  
Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais

Decano da Escola de Direito  
Prof. Dr. Fabricio Dreyer de Avila Pozzebon

Decana Associada  
Profa. Dra. Regina Linden Ruaro

Coordenador do PPGCCRIM  
Prof. Dr. Nereu José Giacomolli

ITEC  
Instituto Transdisciplinar de Estudos Criminais

Diretoria  
Presidente Rodrigo Moraes de Oliveira  
Vice-Presidente Camile Eltz de Lima  
Secretário Alberto Ruttke  
Tesoureira Helena Costa Franco

Conselho Permanente  
Alexandre Wunderlich  
Andrei Zenkner Schmidt  
Antonio Tovo  
Bruna Aspar Lima  
Camile Eltz de Lima  
Daniel Achutti  
Fabio Roberto D' Avila  
Felipe de Oliveira  
Fernanda Osório  
Giovani Saavedra  
Helena Costa Franco  
Jader Marques  
Lilian Reolon  
Marcelo Caetano Guazzelli Peruchin  
Marcelo Almeida Ruivo  
Paulo Vinícius Sporleder de Souza  
Rafael Braude Canterji  
Rodrigo Moraes de Oliveira  
Salo de Carvalho

# NOTAS DOS EDITORES

A presente edição da Revista de Estudos Criminais brinda o público com uma combinação muito especial.

Para além da costumeira seleção de ótimos artigos, que percorre uma gama de temas relevantes, como inteligência artificial, execução penal, teoria do crime, criminologia, processo penal e direito penal econômico, nesse volume temos a grata satisfação de também contar com um magnífico dossiê.

Trata-se de um trabalho de fôlego, de alcance interinstitucional e nacional, que mostra toda a importância e a força da pesquisa no âmbito das ciências criminais, cuja apresentação deixamos aos cuidados dos queridos Professores Rodrigo Ghiringhelli de Azevedo e Roberto Kant de Lima, coordenadores da obra, a quem agradecemos a oportunidade dessa publicação.

Outrossim, aproveitamos para registrar o nosso agradecimento a todos autores e autoras que submeteram seus artigos e pareceres ao longo de 2023, bem assim aos nossos fiéis leitores e leitoras, na certeza de que 2024 reserva muitas novidades para todos.

Votos de uma excelente leitura!

**Prof. Dr. Rodrigo Moraes de Oliveira**

Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais da  
Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul  
- PPGCCrim/PUCRS

**Prof. Dr. Daniel Silva Achutti**

Instituto Transdisciplinar  
de Estudos Criminais - ITEC



# SUMÁRIO

---

- 11** | **A circulação do “livre convencimento e do júri na época do primeiro código unitário: os mal-entendidos de um transplante equivocado**  
*Francesca Ruggieri*
- 37** | **Por que justamente uma proibição probatória? Observações heréticas sobre a figura da proibição de valoração da prova**  
*Luís Greco e Tradução de Pedro Pouchain*
- 68** | **Uma análise de redes criminais a partir da Operação Brabo**  
*Camila Caldeira Nunes Dias e Giovanna Ferrari*
- 87** | **Dimensões do poder, constituição e democracia: contribuição para uma discussão político-criminal sobre Discurso de Ódio e direitos fundamentais a partir do Decreto n. 10.932/2022**  
*Gabriel Antinolfi Divoan, Carolina Costa Ferreira e Victória Faria Barbiero*
- 113** | **Parecer do Ministério Público e contraditório, contributo ao sistema acusatório**  
*Jayme Weingartner Neto*
- 130** | **A atuação defensiva do delator no processo penal: possibilidades e limites em conformidade com os termos do acordo de colaboração premiada**  
*Vinicius Gomes de Vasconcellos, André Mirza Maduro e Dimas Antônio Gonçalves Fagundes Reis*

# SUMÁRIO

---

- 149** **Revisitando a questão do dolo e da imprudência na responsabilidade penal da pessoa jurídica**  
*Paulo César Busato e Mariana Cesto*
- 174** **Inteligência artificial, controle migratório e a criminalização de estrangeiros: desafios para os direitos humanos e fundamentais**  
*Caroline Dimuro Bender D'Avila e Gabrielle Bezerra Sales Sarlet*
- 198** **A Estética do contraditório no processo penal: uma visão pelo olhar do feminino**  
*Flaviane de Magalhães Barros Bolzan de Moraes*
- 224** **O crime de estupro pode ocorrer de forma virtual?**  
*Marli Marlene Moraes da Costa e Julia Patrícia Staub*
- 245** **A retroatividade do acordo de não persecução penal: a (im)possibilidade de sua aplicação após o trânsito em julgado**  
*Nefi Cordeiro e Thiago Costa dos Santos*
- 271** **ANPP, ministério público e direitos fundamentais: relatório final do grupo de pesquisa em segurança pública e criminalidade - GEP/SPCRIM, do Ministério Público da Bahia**  
*Elmir Duclerc Ramalho Junior, Camila Andrade e Lia Nunes Barreto*
- 304** **Do que se fala quando se fala em *fumus commissi delicti*? Um modelo de contenção do arbítrio na adjudicação da hipótese acusatória legitimadora da prisão preventiva**  
*Fernando Braga Damasceno*

# A CIRCULAÇÃO DO “LIVRE CONVENCIMENTO E DO JÚRI NA ÉPOCA DO PRIMEIRO CÓDIGO UNITÁRIO: OS MAL-ENTENDIDOS DE UM TRANSPLANTE EQUIVOCADO<sup>1</sup>

FRANCESCA RUGGIERI<sup>2</sup>

*And the end of all our exploring  
Will be to arrive where we started  
And know the place for the first time.  
T.S. Elliot “Little Gidding”*

**RESUMO:** o artigo trata do princípio do livre convencimento e de como fundamentalmente, a sua vinculação a uma interpretação francesa do tribunal do júri conduziu a certas má-compreensões. O artigo examina as origens do júri inglês e a sua recepção na França pós-revolução francesa. Também examina as discussões, naquele período, em torno de um sistema probatório adequado ao instituto, com especial atenção às denominadas questões de fato e de direito que acabaram por conduzir a um transplante continental repleto de indeterminações.

**ABSTRACT:** The article addresses the principle of intime conviction and how, fundamentally, its connection to a French interpretation of the jury trial led to certain misunderstandings. The article examines the origins of the English jury and its reception in post-French Revolution France. It also explores the discussions during that period regarding an evidentiary system suitable for the institution, with particular attention to the so-called issues of fact and law that ultimately resulted in a continental transplant fraught with indeterminacies.

**PALAVRAS-CHAVE:** júri; questões de fato e de direito; livre convencimento.

**KEY WORDS:** jury, fact and law issues; intime conviction.

**SUMÁRIO:** 1 A Problemática Circulação de Institutos Jurídicos do Sistema Anglo-Saxônico para os países de *civil law*; 2 O Objeto do Transplante. O julgamento Pelo Júri na Inglaterra no final do século XVIII; 3 A Perspectiva Continental na Recepção da Intime Conviction. O Equivocado Tema da Separação entre Fato e Direito ao Tempo da Revolução Francesa; 3.1 A Impossibilidade de se Distinguir Cla-

<sup>1</sup> O texto constitui a reelaboração da apresentação oral no seminário *Il diritto delle prove penali dall'Unità d'Italia alla Costituzione Repubblicana* ocorrido em Milão em 23.06.2011. Tradução de Ricardo Jacobsen Gloeckner

<sup>2</sup> Professora de Processo Penal da Universidade da Insubria.

ramente Entre Fato e Direito na Experiência do Código italiano de 1865; 4 A Recepção do Júri como Símbolo de Liberdade na Assembleia Constituinte de 1791; 4.1 Juízes, Jurados e o Princípio da Divisão de Poderes; 5 O Desconhecimento do “*Law of Evidence*” e o Abandono das Provas Legais Negativas; 6 A atribuição do princípio da *Intime Conviction* ao Juiz Togado: ratio e limites.

## 1 A Problemática Circulação de Institutos Jurídicos do Sistema Anglo-Saxônico para os países de *civil law*

A análise de uma instituição há muito desaparecida do nosso sistema jurídico como o Tribunal do Júri é a ocasião, ou melhor, a provocação, para questionar, na esteira de um grande estudioso<sup>3</sup> sobre uma das temáticas de maior atualidade do direito processual penal: o princípio do livre convencimento do juiz.

É uma perspectiva habitual, com efeito, justapor a história do órgão jurisdicional de composição laica ao advento da *intime conviction*<sup>4</sup>. E é uma crença igualmente generalizada que a referência àquilo que também foi designado como “prova moral”<sup>5</sup> tenha desembarcado no continente quando fora abandonado (e em contraposição ao) sistema das provas legais, precisamente como o resultado da recepção do júri de tradição anglo-saxã durante os anos da Revolução Francesa<sup>6</sup>.

Não obstante a história relativamente recente de ambos os institutos e dos estudos aprofundados que a doutrina lhes dedica, ainda não foi totalmente esclarecida a razão pela qual, em nosso país, ao contrário dos sistema de *common law*<sup>7</sup>,

3 A referência é a Ennio Amodio, cujo verbete *motivação* (*Enc.dir.*, vol. XXVII, Milano, Giuffrè, 1977) representa ainda hoje um dos principais pontos de partida para qualquer reflexão sobre o tema do princípio do livre convencimento do juiz e que no próprio Congresso de Milão se questionou se e em que medida a conotação irracional que caracteriza o princípio no nosso ordenamento é reconduzível à modalidade da sua recepção nos ordenamentos europeus de direito continental através da experiência francesa à época da revolução.

4 Emblematicamente J. H. LANGBEIN *The English Criminal Trial Jury on the Eve of the French Revolution*, in A. PADOA SCHIOPPA, *The trial jury in England, France, Germany*, Duncker & Humblot, Berlin, 1987, 33, segundo o qual “*under the substitute theory of moral proofs, conviction required the moral persuasion of the trier (conviction intime, freie Beweiswürdigung). This conception of proof had been in effect in England for centuries as a natural result of the use of jury trial. Moral persuasion was the only workable standard of proof in a system of lay adjudication. Laymen could never have mastered the law of proof of the ius commune; and, in any event, the purpose of that body of law was to control the professional judiciary*”.

5 Dentre todos, sobre o uso da expressão Cfr F. HÉLIE *Trattato della istruzione criminale o teoria del codice di istruzione criminale*, tradotto ed annotato da G. Ruffo, Palermo-Napoli, 1864, vol. II, 443 citando Filangieri: “*Filangieri demonstrou mais tarde que aquela certeza apenas poderia residir na consciência do juiz; e este princípio com o qual a construção dos fatos probatórios foi substituída pelo convencimento do juiz, e à prova legal pela prova moral, tornou-se base da reforma das nossas leis criminais*”. Sempre na citação de F. HÉLIE, *ivi*, 437, segundo Filangieri a certeza moral, que pode ser definida como “*o estado de ânimo seguro da verdade de uma proposição relativa à existência de um fato que não ocorreu diante de nossos olhos...*” “*é ao mesmo tempo aquela mais exposta aos perigos de erro e com a qual se forma o convencimento do juiz*”.

6 Cfr M. NOBILL, *Il principio di libero convincimento del giudice*, Milano, Giuffrè, 1974, 10 ss. para um panorama desta difundida convicção. L. LUCHINI *Elementi di procedura penale*, Firenze, Barbera ed., 1905, 3a ed. Revista e ampliada, § 149, 174-175, fala de prova ou certeza racional ou de íntima convicção, “*portanto natural...*” o “*transplante no continente do princípio acusatório e do triunfo das novas doutrinas filosóficas*”.

7 *Ex multis*, também para a perspectiva do direito comparado v. E. GRANDE, *Imitazione e diritto: ipotesi sulla circolazione dei modelli*, Torino, Giappichelli, 2000, 101 ss. e *ivi*, na nota 92, a propósito do atual sistema anglo-americano, onde, antecipando algumas conclusões deste trabalho observa: “*perguntas como “as provas*

a *intime conviction* se colore com uma aura menos extensa de irracionalidade<sup>8</sup>. É pacífica a diversa natureza do princípio na Inglaterra e entre nós<sup>9</sup>, embora não seja obviamente possível investigar aqui de forma inequívoca e conclusiva tal questão. Um olhar sobre a forma de circulação do tribunal do júri e da livre convicção do sistema anglo-saxónico em direção ao continente, à medida que estas instituições também “desembarcaram” no nosso sistema unitário, permite algumas reflexões que também são relevantes para o estudioso contemporâneo.

Na perspectiva do comparatista do direito positivo, que também se aventura na ótica da perspectiva diacrónica do historiador<sup>10</sup> as hipóteses de trabalho são relativamente poucas e claras. Sobre o tema do (positivo e, sobretudo, racional) princípio do livre convencimento diante da *Crown Court* e do diverso e contra-posto valor principiológico em nosso país (tendencialmente negativo e percebido como um critério na maior parte das vezes irracional) devem ser aprofundados pelo menos quatro aspectos.

Deve-se entender se a diferente caracterização do (mesmo) princípio é ou não uma consequência da transposição ou transplante<sup>11</sup>, no final do século XVIII, no âmbito do direito continental, de institutos típicos da tradição anglo-saxã: e, para isso, antes de tudo, deve-se centrar na disciplina naquele tempo prevista sobre este tema na terra de Shakespeare (*infra*, § 2)<sup>12</sup>. Deve-se então, compreender

---

*apresentadas ao júri têm suficiente valor cognitivo?”, “as instruções dadas aos jurados são adequadas aos parâmetros racionais” assumem importância crucial na dinâmica dos julgamentos no sistema norte-americano, e uma valoração negativa por parte do tribunal de segundo grau quanto à racionalidade das escolhas efetuadas sobre o material probatório à disposição do juiz de fato comportará uma valoração negativa sobre a racionalidade da decisão, que será então anulado. O respeito às regras probatórias garante a racionalidade do veredito imotivado e a sua violação produz, se se tratar de uma condenação, a anulação”.*

- 8 Emblemático sobre este sentimento é o que foi relatado por M. NOBILI, *op.cit.*, 22 ss. Sobre o ponto, mais recentemente v. também F. CAPRIOLI, *La disciplina delle prove penali nel codice del 1913: un modello “empiricamente” reazionario?* in *La Corte d’Assise* n. 2, 2011, 512 e 514, para a reconstrução da circulação e transformação do princípio no segundo código republicano também G. DELLA MONICA, *La parabola del libero convincimento*, in *La prova penale*, organizado por A. Gaito, Torino, Wolte Kluwer, 2008, 284 ss.
- 9 Cfr amplamente M. NOBILI, *ult. loc. cit.*
- 10 Sobre as diferenças e analogias entre a atividade do comparatista e aquela do historiador Cfr, entre muitas obras clássicas os trabalhos de G. GORLA (*Prolegomeni ad una storia del diritto comparato* (e postilla) in *Diritto comparato e diritto comune europeo*, Milano, Giuffrè 1981, 876 ss.), V. DENTI, *Diritto comparato e scienza del processo*, in aa.vv. *L’apporto della comparazione alla scienza giuridica*, Milano, Giuffrè, 1980, 201 ss.) e A. PIZZORUSSO (*La comparazione giuridica e il diritto pubblico*, *ivi*, 59 ss.). Mais recentemente Cfr R. ZIMMERMANN, *Rechtsgeschichte, Rechtsvergleichung, Rechtsdogmatik, Beitrage zum 32 Deutschen Rechtshistorikertag in Regensburg, Sonderheft der ZEuP, Zeitschrift für Europaisches Privatrecht*, 1999, 494 ss. e *ivi*, 513 ss. Também M. REIMANN, *Rechtsvergleichung und Rechtsgeschichte in Dialog*. A circunstância de estudar um fenómeno em perspectiva diacrónica (e sincrónica com referências a ordenamento estrangeiros) sem obviamente possuir todos os instrumentos do historiador assinala necessariamente a tipologia das fontes utilizadas: sobretudo estudos doutrinários, de historiadores do direito ou de comparatistas contemporâneos (KUPER, LANGBEIN, LIEBER, NOBILI, PADOA-SCHIOPPA) ou mais antigos (BORSANI, CASORATI, HELIE, MITTERMAIER).
- 11 Sobre este conceito, objeto de diversas reflexões nos recentes estudos de direito comparado Cfr entre muitos M. LANGER, *From Legal Transplants to Legal Translations: The Globalization of Plea Bargaining and the Americanization Thesis in Criminal Procedure*, in *Harvard International Law Journal*, vol. 45 (2004), 29 e ss. e M. DAMASKA, *The Uncertain Fate of Evidentiary Transplants: Anglo-American and Continental Experiments*, in *The Americ. Journ. of Comparative Law*, 1997 (vol. 45), 839 e ss.
- 12 É exatamente esta a finalidade de J. H. LANGBEIN, *The English Criminal Trial Jury*, *cit.*, 13 e 14 para a síntese das diversas partes do artigo, que reconstitui a estrutura, as etapas e a composição do júri inglês na época da

se o objeto, assim reconstruído, foi ou não corretamente compreendido pelos estudiosos do *civil law* empenhados na recepção do sistema inglês hostil (*infra* § 3 e 3.1). Sobre a resposta negativa a tal questão devemos interrogar-nos sobre a circulação, no continente, de institutos que, em todo o caso, diferem parcialmente daqueles originais do sistema anglo-saxônico (*infra* §§ 4 e 4.1.) e esboçar, com base nos resultados destes problemas iniciais, algumas reflexões sobre o significado do regime probatório diante de juízes leigos e profissionais (*infra*, § 5) bem como a aplicação continental do critério de valoração do livre convencimento do juiz togado (§ 6 *infra*).

O estudo das primeiras questões permite-nos identificar pelo menos um erro fundamental no transplante inicial do julgamento por leigos do sistema anglo-saxônico para o sistema francês. O estudo aprofundado posterior permite-nos traçar a hipótese de

limites e mal-entendidos de uma circulação marcada quase que exclusivamente por considerações de prestígio mais do que por escolhas jurídicas e, conseqüentemente, propor algumas reflexões (tímidas) sobre a derivação do princípio do livre convencimento e, com ele, de nosso direito probatório.

## **2 O Objeto do Transplante. O julgamento Pelo Júri na Inglaterra no final do século XVIII**

Como já observava o grande acadêmico e comparatista Mittermaier, todo legislador tem como objetivo assegurar a certeza da reconstrução dos fatos, seja através da qualidade e do número de julgadores, seja através de regras que orientam o modo de formação do convencimento: no primeiro caso, escolhendo entre um corpo judicante leigo ou juízes profissionais; no segundo caso, escolhendo entre um sistema de provas legais ou de uma livre valoração das provas<sup>13</sup>.

Como se verá, não existe necessariamente uma relação bidirecional entre as hipóteses de uma ou outra alternativa: não há uma dependência necessária entre os leigos e o livre convencimento de um lado, e juízes profissionais e provas legais, de outro. À época da Revolução Francesa, todavia, o sistema anglo-saxão, projetando um julgamento penal sob o encargo de juízes leigos não profissionais, que deveriam decidir segundo a íntima convicção, parecia oferecer uma alternativa ao diverso modelo continental de um julgamento sob a responsabilidade de pro-

---

Revolução Francesa, nomeadamente com base nos relatórios do *Old Bailey* ou do principal tribunal inglês, sediado em Londres nesse período (*ivi*, 19).

13 C.J.A. MITTERMAIER, *Die Lehre von Beweise im deutschen Strafprozesse nach der Fortbildung durch Gerichtsgebrauch und deutsche Gesetzbücher in Vergleichung mit den Ansichten des englischen und französischen Straferfahrens*, J.W. Heyer's Verlagshandlung, Darmstadt, 1834, 76.

fissionais, com o respeito a um sistema de rígidas provas legais predeterminadas pelo legislador.

Naquela época, o júri inglês, tendo transformado as testemunhas leigas originárias e "self informing"<sup>14</sup>, que se informavam sobre os ilícitos praticados no próprio território em membros do juízo de mérito<sup>15</sup>, gozava de amplos poderes de reconstrução e valoração do fato submetido à sua atenção<sup>16</sup> no julgamento (*trial*) público e, sobretudo, oral<sup>17</sup>. Esta característica, particularmente apreciada na perspectiva do direito continental<sup>18</sup> foi acompanhada por um *pretrial procedure*, naquele momento substancialmente em mãos privadas<sup>19</sup>, destinado a recolher as provas que posteriormente seriam apresentadas em juízo. Não parece precipitado afirmar-se que o princípio da oralidade foi estabelecido precisamente devido à falta de uma investigação preliminar escrita e de órgãos públicos de investigação<sup>20</sup>.

O tribunal era composto por doze jurados<sup>21</sup> e um juiz togado. Apesar de famosa e frequentemente citada, a frase de Sir Edward Coke que já em 1620 afirmava

- 14 N. LIEBER, *Schöffengericht und Trial by Jury. Eine rechtsvergleichende Untersuchung zur Entstehung, gegenwärtigen Praxis und möglichen Zukunft zweier Modelle der Laienbeteiligung am Starfoerfahren in Europa*, Dunkler & Humblot, Berlin, 2010, 90 onde sublinha como no Século XVIII a discussão sobre a extensão do controle em tema de difamação através da imprensa (*sedicious libel*) não reproduziu o conflito de longa data (e em parte composto) por fato e direito, mas foi atribuído no próprio âmbito da cognição do fato dos jurados. Cfr sobretudo a ampla reconstrução efetuada por T. A. GREEN, *The English Criminal Trial Jury and the Law-Finding Traditions on the Eve of the French Revolution* in A. PADOA-SCHIÖPPA, *The trial jury*, cit., 44 ss e também para a modificação do papel dos jurados de sujeitos *self-informing*, ou seja, de sujeitos encarregados de buscar e constituir eles próprios as provas a juízes no sentido hodierno, na sequência da afirmação da função acusatória e, em sentido lato, da investigação conduzida pelo juiz de paz nos Séculos XV e XVI.
- 15 Cfr J. H. LANGBEIN, *The English Criminal Trial*, cit., 22 que, a propósito dos "jury of accusation" ou "jury of presentment" medievais, estabelece, dentre outras coisas: "in the system instituted after the Assize of Clarendon in 1166, presentment juries were assembled periodically from each Community (hundred). Royal judges on circuit placed the jurors under oath and required them collectively to report whether they suspected any of their neighbors of crimes. When the jurors accused ("presented") someone of an offense, he had to stand trial—originally by ordeal, later by jury (that is, by trial jury, also called the petty jury to distinguish it from the grand jury). The presentment system was based on the idea that in small and static communities (mostly rural and engaged in the highly interdependent form of medieval agriculture known as the open field system, a jury of neighbors would already possess information about crimes committed" Cfr também T. A. GREEN, loc cit.
- 16 Segundo F. HÉLIE *Trattato della istruzione criminale o teoria del codice di istruzione criminale*, na trad. ital. com anotações de I. SAMPOLLO, Palermo-Napoli 1869, vol. IV, 363: "desde muitos séculos constitui princípio nessa legislação (inglesa) que os jurados são juízes supremos dos processos e seu respectivo veredito é uma verdadeira sentença, que pela fórmula guilty or not guilty, eles abraçam o fato e o direito e se pronunciam sobre todas as questões levantadas pela acusação".
- 17 Para as fases de instrução (*case for the prosecution, for the defence*), durante a qual, na ausência de uma estável figura jurídica, era o juiz togado a conduzir o exame das testemunhas v. H. LANGBEIN, *The English Criminal Trial*, cit., 29 ss. Data dos primeiros trinta anos do Século XVIII a presença de um defensor para o acusado e, assim, o nascimento do processo acusatório no sentido do contraditório. n. LIEBER, op.cit., 84-85.
- 18 Como observa J. H. LANGBEIN, *The English Criminal Trial*, cit., 31, "perhaps no attribute of eighteenth-century English criminal jury trial made so great an impression upon European observers as the orality of the proceedings". E ainda, ivi, 32: "Europeans saw in orality a safeguard against political subservience and bias in the professional magistracy".
- 19 J. H. LANGBEIN *The English Criminal Trial*, cit., 19 ss. ainda para o desenvolvimento dos órgãos públicos de acusação (a instituição dos *bobbies*, ou da famosa polícia metropolitana londrina, por exemplo, data de 1829), com particular referência ao papel do Juiz de Paz (JPs).
- 20 É a opinião de J. H. LANGBEIN, *The English Criminal Trial*, cit., 32
- 21 J. H. LANGBEIN, *The English Criminal Trial*, cit., 24 ss para a seleção e os requisitos necessários para fazer parte.

que “*ad quaestionem facti non respondent iudices; ad quaestionem juris non respondente juratores*”<sup>22</sup>, a distinção entre as funções dos primeiros e o papel dos segundos não era de todo clara, nem neste momento nem sobretudo no Século XVIII, quando a discussão sobre fato e direito e sobre o papel dos jurados como *law finder* ou *fact finder*<sup>23</sup> foi particularmente acesa<sup>24</sup>.

A relação entre os leigos, expoentes das exigências dos novos estratos sociais mais sensíveis aos novos direitos e os juízes togados, caracterizou-se, antes de tudo, por considerações políticas em sentido lato. Ao final do Século XVIII jurados e juízes se confrontavam tanto no controle através da gestão das regras probatórias (entre elas a *hearsay*)<sup>25</sup>, quanto, cada vez mais frequente, mediante a afirmação dos primeiros nas decisões destinadas a mitigar as graves sanções penais, não compartilhadas por aqueles.

O juiz togado, que conduzia a instrução e a quem incumbia todas as decisões sobre a admissibilidade da prova<sup>26</sup>, ao fim do procedimento deveria resumir os resultados da instrução: *summing up* e *instruction* correspondiam, respectivamente, aos contornos de fato e de direito do juízo<sup>27</sup>. A relação entre as duas partes do tribunal, de regra inspiradas pela mesma visão, permitiam na realidade a prevalência (quase absoluta do juiz) togado, apesar de os jurados não serem obrigados a seguir as suas orientações. A condenação, considerada injustificada pelo juiz togado ou mais precisamente, infundada pela insuficiência de provas, era seguida pelo perdão do soberano<sup>28</sup>. À absolvição não compartilhada pelo juiz

22 E. COKE, *First Part of the Institutes of the Laws of England, or Commentary upon Littleton*, London 1628, 155 b, citado muitas vezes por J. H. LANGBEIN, *The English Criminal Trial The trial jury*, cit., 44 ss., 34, por C. G. A MITTERMAIER, *Das englische, schottische und nordamerikanische Strafverfahren, in Zusammen mit dem politischen, sittlichen und sozialen Zuständen und in der Einzelheiten der Rechtsübung*, Erlangen, von Ferdinand Enke, 1851, 370, nota sub 32 (“*ad quaestione facti non respondent iudices, and matters in law the judge ought to decide and discusse, ad quaestionem juris non respondet juratores*”) e na Itália por G. BORSANI – L. CASORATI *Codice di procedura penale italiano commentato*, vol. V, Milano, Pirola, 1883, § 1853, 355. Nos primeiros anos da unificação v. também L. CASORATI, *Intorno alla competenza rispettiva dei giudici e dei giurati*, in *Riv.pen.*, vol. XII, 323 ss. e *ivi*, com referência à experiência austríaca contemporânea G. GLASER, *Dei rapporti tra la magistratura giudicante e la giuria*, 325 ss. Na perspectiva particular da retórica e da dialética v. também A. GIULIANI, *influence of Rhetoric on the Law of Evidence and Pleading*, in *Judicial Review The Law Journal of the Scottish Universities* (69), 1962, 237, que, relativamente à finalidade do processo inquisitório que se desenvolveu no continente no Século XVI recorda, ao contrário, como “*questio facti est in arbitrio iudicis*”.

23 N. LIEBER *op. cit.*, 72 ss. para a discussão no século precedente (Séc. XVII) quando a fase do papel do júri “*self-informing*” terminou, começaram as discussões especificamente sobre o alcance de seu poder de julgar.

24 Cfr ainda T. A. GREEN, *op.cit.*, 52 ss., 61 ss.

25 N. LIEBER, *op. cit.*, 82 ss.; *ivi* 99, a propósito da circunstância de que no Século XIX o juiz togado se afirma cada vez mais como um “controlador-garantidor” do júri mediante um acertado uso de comentários sobre o resultado e a utilidade das conclusões da instrução processual.

26 Como recorda sempre J. H. LANGBEIN *The English Criminal Trial*, cit., 32 à época da Revolução Francesa não estava ainda consolidada a figura do advogado e, portanto, as testemunhas eram tomadas e examinadas diretamente pelo juiz (togado).

27 Cfr ainda J. H. LANGBEIN, *The English Criminal Trial*, cit., 35, para quem “*the distinction between summation and instruction corresponded to that between fact and law. The judge’s opinion upon a matter of law was in theory binding upon the jury*”.

28 Segundo J. H. LANGBEIN *The English Criminal Trial*, cit., 36 “*if the jury attempted to return a verdict (whether of guilt or innocence) that displeased the judge, the judge had the power to reject it provisionally. He would then question*



poderia seguir-se a convocação de um novo júri<sup>29</sup>. Por outro lado, a faculdade reconhecida aos leigos de qualificar juridicamente o fato submetido ao seu exame consentia aos jurados de calibrar as circunstâncias da tipicidade à pena considerada mais adequada<sup>30</sup>. É Mittermaier quem, com relação aos sistemas de *civil law*, aprofunda, embora não tivesse sido escutado (v. também *infra*, § 4), a estreita interdependência entre *law* e *fact*: quando alega que é relativamente pacífico que a referida demarcação entre fato e direito não é possível precisamente nos crimes de imprensa<sup>31</sup> que, aliás, seriam aqueles sobre os quais os jurados seriam chamados a decidir também no continente; quando, conseqüentemente, se pergunta se tal *modus procedendi*, considerando as diversas questões de direito conexas com qualquer hipótese acusatória, não seria peculiar também a outros tipos penais<sup>32</sup>; e, quando, enfim, demonstra que o sistema anglo-saxão, a bem da verdade, não conhece uma distinção real entre fato e direito<sup>33</sup>.

---

*the jurors about their thinking, explain to them why he differed with them (be it on matters of law or fact), and require them to deliberate and decide again. It took a determined jury to resist such pressure. If the jury persisted in returning a verdict contrary to the judge's wishes, it mattered greatly whether the verdict was one of conviction or acquittal. Juries all but never convicted against the will of the judge, because they knew it would be futile. The judge effectively controlled the pardon process by which the conviction could be vitiated...". O soberano não tinha qualquer escrúpulo em seguir as instruções do juiz togado. Cfr também J. H. LANGBEIN, *The Origins of Adversary Criminal Trial*, Oxford, Oxford University Press, (reprinted) 2010, 324 ss.*

- 29 T. GREEN, *ult. loc. cit.* Cfr também, novamente J. H. LANGBEIN, *The English Criminal Trial*, *cit.*, 35-6 sobre a base dos relatórios do *Old Bailey* para as diversas hipóteses de *direct verdict*, ou das três hipóteses de absolvição, segundo as instruções do juiz, de uma situação de insuficiência probatória ("*early in the nineteenth century the modern standard of proof (beyond reasonable doubt) was articulated, but it seems to have been crudely implicit long before*"), de *corroboration* ausente em casos de delação, de inadmissibilidade da confissão porque obtida apenas após promessas de clemência. Em geral, sobre o desenvolvimento do direito probatório na Inglaterra Cfr J. H. LANGBEIN, *Historical foundations of the Law of Evidence: a view from the Ryder Sources*, in 96 *Colum. L. Rev.* 1168 1996, 1168 ss.
- 30 J. H. LANGBEIN, *The English Criminal Trial*, *cit.* 37 ss com numerosos exemplos através dos quais, os jurados, projetando diversamente os fatos, na realidade escolhiam entre irrogar a pena capital, aquela detentiva ou a sanção de fustigação. Como recorda ainda o Autor (*ivi, loc cit*) "*in a famous phrase, Blackstone called it «pious perjury», by which he meant that the jury knowingly returned a false verdict (in our example, theft rather than burglary) in order to reduce the sanction*". Para alguns dados estatísticos que correlacionam o aumento de crimes punidos com a pena capital no Século XVIII e o fenômeno do *pious jury* v. também amplamente N. LIEBER, *op. cit.*, 86-88 e J. H. LANGBEIN, *The origins of Adversary*, *loc. cit.*, 335 ss
- 31 Cfr C. G. A. MITTERMAIER, *Das englische, schottische und nordamerikanische Strafverfahren*, *cit.*, 371, com amplas referências bibliográficas da literatura inglesa de seu tempo *ivi*, pag 454-55, um caso análogo previsto por uma disposição legislativa de New York no sentido da qual "*das Gerichtentscheidet über alle während der Verhandlung vorkommen rechts fragen. In Anklagen wegen Pressvergehen hat die Jury die Befugniß über Gesetz und Thatsachen zu entscheiden*". Para a reconstrução histórica do início do Século XVI ao fim do mesmo século com relação a fato e direito na história do júri na Inglaterra v. amplamente, também para as necessárias referências bibliográfica do período N. LIEBER, *op. cit.*, 63 ss.
- 32 Cfr C. G. A. MITTERMAIER, *Das englische, schottische und nordamerikanische Strafverfahren*, *cit.*, 455-6 onde o próprio Autor ao discutir a antiga questão da distinção entre fato e direito observa que, já que aos jurados são remetidas todas as questões (inclusive as de direito) necessárias ou preliminares à pronúncia do veredito "*wenn zwar durch ein später Gesetz die Geschworene ermächtigt wurden nur im Falle der Anklage wegen Pressvergehen (libel) auch über den rechtspunkt zu entscheiden, so darf man daraus keinen Schluss ziehen, dass sie in anderen Fällen nicht die nämliche Befugniß hatte*". O Autor continua (456-8) recordando como na Inglaterra a doutrina havia, desde muito tempo reconhecido que os jurados estão legitimados a decidir tanto sobre o fato quanto sobre o direito. Os jurados, em realidade, devem decidir contextualmente: 1) a) se o fato ocorreu; b) se o acusado é o seu autor; 2) a valoração do fato ao fim do processo ou: a) se o fato contempla todos os elementos necessários para considerar a imputação fundada; b) se o fato não foi cometido de boa-fé; c) intencionalmente; d) o acusado é imputável.
- 33 "*Die nähere Betrachtung des Ganges des Rechtsprechung in England und die Besprechung mit englischen und schottischen Praktikern lehrt bald, wie irrig häufig die im Auslande verbreiteten Vorstellung von Trennung der That*

A história do “veredito” dos juízes não-profissionais será sempre caracterizada, tanto na Inglaterra quanto no continente, pela contraposição que, em tal modalidade, os leigos opunham ao poder legislativo soberano, sempre que não estivesse de acordo com as incriminações e sanções<sup>34</sup>. Na terra de origem, significativamente, apenas nos casos difíceis o júri poderia reservar-se, com a solicitação do juiz togado, a um *veredito especial* limitado exclusivamente ao fato<sup>35</sup>.

Famoso neste sentido é o caso da “*sedition label*”, um dos tipos penais mais utilizados pelo governo inglês para controlar a imprensa e a relativa publicidade<sup>36</sup> e relativamente ao qual o juiz togado, considerando a simpatia com que os leigos viam estes escritos, atribuía normalmente aos jurados apenas o “*special verdict*”, ou seja, a decisão privada de qualquer valoração jurídica. O áspero confronto entre jurisprudência e sociedade civil<sup>37</sup> só terminou com o *Fox Libel Act* do Parlamento que, em 1792, atribuiu de novo e explicitamente ao júri a qualificação do fato como um todo: proibindo o recurso ao “*special verdict*”, mas vinculando o júri à lei, assim como era explicada aos leigos pelo juiz togado<sup>38</sup>. São flagrantes os poderes incisivos do júri sobre as decisões políticas como representante e garantidor da liberdade burguesa<sup>39</sup>.

*und Rechtsfrage ist*’: C. G. A. MITTERMAIER, *Das englische, schottische und nordamerikanische Straferfahren*, cit., 455.

- 34 Os jurados podiam pronunciar condenações por um crime menos grave daquele objeto do juízo. C. G. A. MITTERMAIER, *Das englische, schottische und nordamerikanische Straferfahren*, cit., 449 ss. com diversos exemplos e para a descrição de uma situação em parte diversa do sistema escocês onde vigia uma espécie de acusação alternativa C. G. A. MITTERMAIER, *as Volksgericht in Gestalt der Schwurund Schöffengerichte, Lüderische Verlagsbuchhandlung*, Berlin 1866, 23-24, para o caso de uma pessoa acusada de bigamia, absolvida pelo júri. O tema se encontra no volume *Die Lehre von Beweise im deutschen Strafprozesse nach der Fortbildung durch Gerichtsgebrauch und deutsche Gesetzbücher in Vergleichung mit den Ansichten des englischen und französischen Straferfahrens*, in J.W. Heyer’s Verlagshandlung, Darmstadt, 1834, 115 O Autor havia já afirmado como, frequentemente, as absolvições dependiam da extrema severidade da pena que, em caso de condenação, seria cominada. Para uma abordagem ainda mais ampla, no âmbito da reconstrução de um caso ainda mais dramático (um uxoricídio, o *c.d* caso Olivo, o esquiteador) v. C. STORCHI STORTI, *Giuria penale ed errore giudiziario, Questioni e proposte di riforma alle soglie della promulgazione del codice di procedura penale italiano del 1913*, in A. GOURON (organizador) *Error iudicis: juristische Wahrheit und Justizielle Irrtum*, Frankfurt a.M., Klostermann, 1998, 257 e per il caso 278 ss. No sistema anglo-saxão os eventos relacionados ao “*pious jury*” são reconstruídos também por N. LIEBER, *Schöffengericht und Trial by Jury*, op. cit., 84, e *ivi*, mais algumas 86 ss, as motivações, datas e o funcionamento desta particular forma de jurisdição leiga dirigida mais à absolvição do que à condenação diante de penas consideradas excessivas com relação ao sentimento social do desvalor de um certo fato (o Autor fala de *Milderungspraxis*).
- 35 J. H. LANGBEIN, *The English Criminal Trial*, cit. 38, que, com relação a este tema, de forma emblemática aponta: “*The special verdict involved a radical reallocation of responsibility between judge and jury, and it was seldom employed. It is worth mention in this paper because it is the closest that the English procedure came to the devices that the nineteenth-century Europeans attempted to design, in which the judges put questions regarding the facts to the jury while reserving the actual judgment to the judiciary*”. Cfr também J. H. LANGBEIN, *The origins of Adversary Criminal*, cit., 329 ss. Também F. HÉLIE op. cit., vol. IV, 363 esclarece que diante de questões difíceis eram possíveis ao menos dois remédios: uma (nova) explicação do juiz e um “*veredito especial*” com o qual os jurados deferiam ao tribunal o “*caráter jurídico dos fatos*”.
- 36 N. LIEBER, op. cit., 89. Em geral, sobre a *sedition label* Cfr P. HAMBURGUER, *Development of the Law of seditious libel and the Control of the Press*, in *Stanford Law Review*, 1985, (vol. 37) 660 ss. especialmente 669 ss.
- 37 N. LIEBER, op. cit., 90-1 e J. H. LANGBEIN, *The origins of Adversary*, loc. cit.
- 38 N. LIEBER, op. cit., 91.
- 39 N. LIEBER op. cit., 95.

### 3 A Perspectiva Continental na Recepção da *Intime Conviction*. O Equivocado Tema da Separação entre Fato e Direito ao Tempo da Revolução Francesa

É lugar comum<sup>40</sup> representar a “descoberta” ou melhor, a importação ao continente do livre convencimento<sup>41</sup> ao final do Século XVIII como consequência da recepção da particular experiência do júri dos sistemas anglo-saxões<sup>42</sup> e da reação conexas e “natural” à tradição ligada ao sistema das provas legais na valoração dos fatos típicos no procedimento inquisitório do *ancien régime*.

Tal vulgata corrente, embora correta desde um ponto de vista geral, não é de fato precisa pelo menos em dois aspectos. De um lado, como foi recentemente recordado, não era com efeito desconhecido da tradição francesa do *ancien régime* o princípio do livre convencimento; de outro, como a pesquisa histórica tem demonstrado e como já vimos ser característica da experiência anglo-saxã daquele tempo, a *intime conviction* como “conatural” ao juízo de um órgão composto por leigos não era circunscrita apenas ao fato.

Em primeiro lugar, na particular perspectiva da criminologia, uma vez que se iniciava a redução (na França e na Inglaterra) dos delitos punidos com pena capital, constituía um jogo de forças interrogar-se sobre os critérios probatórios a serem obedecidos para a aplicação de formas “novas” de punição mais brandas. Se, em realidade, para os crimes capitais se tinha como necessário recorrer à confissão após a tortura para uma válida aplicação da pena de morte<sup>43</sup>, para penas diversas tal procedimento não era considerado indispensável. O acertamento da responsabilidade do imputado foi deixada à prudente valoração do juiz, mesmo no âmbito da busca de algumas provas, as quais o legislador havia previamente

40 Como se sabe, o conceito de “lugar” remonta à Tópica de Aristóteles, posteriormente vulgarizado e rebaixado a lugar comum com a decadência da arte retórica: dentre vários, de forma eficaz R. BARTHES, *La retorica antica, Alle origini del linguaggio letterario e delle tecniche di comunicazione*, Bompiani, Milano, 1994, 74 ss.

41 Nas palavras de L. LUCCHINI, *Elementi*, op. cit., § 150, 175, o princípio tem origem “na Constituinte francesa, com a fórmula de advertência aos jurados que posteriormente foi transmitida ao Código de Brumário do ano IV, que ainda constitui o art. 342 do Código de Processo Penal, do qual foi retirado o art. 498 do nosso Código de Processo Penal, segundo o qual “a lei não obriga os jurados a prestar contas dos meios pelos quais eles se convenceram”. Não há prescrição de qualquer regra da qual faça depender prova plena e suficiente. A lei prescreve que interroguem a si próprios no silêncio e no recolhimento e que examinem, na sinceridade de sua consciência, que impressão fizeram sobre o seu juízo as provas aportadas contra o acusado e os meios de sua defesa. A lei propõe apenas esta pergunta que encerra toda a medida dos seus deveres: “tendes uma íntima convicção da culpabilidade ou inocência do acusado?”

42 A bibliografia neste ponto é obviamente inesgotável. Dentre todos e para sublinhar desde o início, pelo menos em parte, a inexatidão desta afirmação desde a ótica, em particular, seja da doutrina alemã seja da francesa, que discutiam o princípio do livre convencimento antes mesmo da introdução do júri, v. a obra clássica de W. KUPER, *Die Richteridee der Strafprozessordnung und ihre geschichtlichen Grundlagen*, W. de Gruyter & Co, Berlin, 1967, 174 ss

43 Cfr M. DAMASKA, *The Death of Legal Torture*, in 87 *Yale L.J.* 860 1977-1978, 860 ss. que, resenhando o trabalho de J. H. LANGBEIN, *Torture and the Law of Proof: Europe and England in the Ancien Régime*, Chicago and London, University of Chicago Press, 1977, trata dos diversos standards de prova necessários à atividade do juiz inquisidor e, em particular, discute as conclusões do livro de Langbein com relação aos critérios - baseados no livre convencimento -, para ordenar a tortura.

individualizado o valor<sup>44</sup>. Se, diante de uma decisão suscetível de comportar a pena de morte a valoração do juiz não podia ser de todo livre, para evitar que pudesse (facilmente) degenerar em arbítrio, a mesma preocupação não se fazia sentir no caso de sanções menores, nas quais o julgador readquiria um verdadeiro poder autônomo de valoração, conatural à atividade jurisdicional<sup>45</sup>. Em tais casos o juiz, como seria mais tarde teorizado pela doutrina (v. *infra*, §5), para poder condenar não teria apenas que obter certas garantias probatórias, mas deveria estar pessoalmente convencido da culpabilidade do imputado: seria inconcebível uma decisão condenatória por parte de um juiz intimamente convencido da inocência do réu.

Em segundo lugar, a equivocada redução do critério do livre convencimento apenas à matéria reservada ao juízo de fato possui origens de longa data, que coincidem substancialmente com o momento a partir do qual no continente se começa a estudar as instituições anglo-saxãs. As informações sobre o juízo dos pares do outro lado do Canal da Mancha começar a se difundir a partir da metade do Século XVIII, mais precisamente com a publicação, em 1748, do *Esprit des lois* de Montesquieu<sup>46</sup>. O observado pelo grande expoente francês, todavia, não era nem amplo nem, sobretudo, preciso. Se Montesquieu, na primeira edição de sua mais famosa obra escrevia que na Inglaterra, perante o júri vigia uma rígida separação entre fato e direito, um autor igualmente famoso, diretamente da ilha apontava o erro desta conclusão, uma vez que os jurados deviam decidir sobre a culpabilidade<sup>47</sup>.

Somente após o instituto ter circulado pelo continente e, então, ter se consolidado o mito da distinção entre fato e direito, teria se tornada clara, sempre sob a obra do grande comparatista alemão dos Oitocentos, a incindível correlação entre um e outro<sup>48</sup>.

As formas inglesas de justiça leiga, com origens não descritas com precisão, nem mesmo pelo seu primeiro admirador, não haviam despertado nenhum apreço especial com o seu emergir no continente. Beccaria, pelo menos nas duas primeiras edições de sua obra mais famosa *Dei delitti e delle pene*, não considerava dever dedicar sequer uma linha<sup>49</sup> e, quando posteriormente insere no seu agora

44 M. DAMASKA, *ult. loc. cit.*

45 M. DAMASKA, *ult. op. cit.*, 863 ss., 869 ss.

46 A PADOA SCHIOPPA, I «philosophes» e la giuria penale, in *id.* La giuria penale in Francia. Dai “philosophes” alla costituente, *Lea Ed. Un. Lett. Ec. Dir.*, Milano, 1994, 10; no mesmo sentido *ex multis*, v. também W. KUPER, *op. cit.*, 170-1 ss.

47 A PADOA SCHIOPPA, *ult. loc. cit.*

48 Cfr. *supra*, § precisamente as observações de MITTERMAIER.

49 Cfr A PADOA SCHIOPPA *ult. op. cit.*, 20-21 a propósito das primeiras edições do *Dos Delitos e das Penas*, cujo elogio de MELCHIOR GRIMM foi acompanhado da (única) nota sobre a ausência de referência à instituição do júri inglês. Nem mesmo Bentham, que em março de 1790 teria apresentado aos leitores franceses o seu projeto de reforma do sistema judiciário não teria se declarado a favor do júri (para esta observação v.

popular texto uma parte sobre o júri, nem mesmo leitores particularmente sensíveis, tendo como exemplo Voltaire, lhe dedicaram comentários particulares<sup>50</sup>. É apenas na segunda metade do Século das Luzes que, com a tradução da obra de Blackstone<sup>51</sup> e, conseqüentemente, com um acesso mais direto e amplo à disciplina do julgamento por leigos<sup>52</sup> que o instituto começou a ganhar adesões maiores e a tingir-se de um significado cada vez mais político, na qualidade de símbolo dos direitos de liberdade do indivíduo no contexto dos delitos mais sensíveis à vontade do soberano, dentre eles os de imprensa.

Nem mesmo na imediatidade do escopo da Revolução, diversamente do que muitas vezes se pensa, “o júri (estava) entre os institutos habitualmente reivindicados por aqueles que desejavam o abandono do sistema penal do “*ancien régime*”<sup>53</sup>. A referência à decisão de simples cidadãos nos *cahiers de doléance* não constitui recorrência geral ou frequente. Outras eram as urgências que, esperando uma reforma penal e processual penal, eram sublinhadas seja pelo terceiro estado seja pela *noblesse*<sup>54</sup>.

Não é de se admirar, pois, que na Assembleia Constituinte a discussão em torno do júri se baseasse mais em crenças do que em argumentos próprios e verdadeiros. Como observa mesmo na (muitas vezes livre) tradução italiana, um grande estudioso francês da época, então, “baseando-se na legislação (inglesa) um pouco confusa, a maior parte dos publicistas declarava que a instituição dos jurados importava necessariamente na separação entre fato e direito”<sup>55</sup>. A Assembleia considera tema absolutamente pacífico que as decisões dos jurados comportassem uma clara distinção entre fato e direito<sup>56</sup>.

---

novamente A. PADOA SCHIOPPA, *La giuria all'Assemblea costituente francese, in La giuria penale in Francia, cit.*, 75-76).

- 50 V. novamente A. PADOA SCHIOPPA I «*philosophes*» e *la giuria penale, cit.*, 21-2 também para os autores que não se limitaram a ignorar a evocação do instituto do júri, mas o criticaram expressamente.
- 51 V novamente A. PADOA SCHIOPPA, *ult. op. cit.*, 30 para mais oportunas indicações bibliográficas.
- 52 Cfr PADOA SCHIOPPA, *ult. op. cit.*, 31-35 para as sínteses das características técnicas do *trial by jury* segundo BLACKSTONE, também para referências aos precedentes fontes de origem medieval.
- 53 A. PADOA SCHIOPPA, *Prefazione, in La giuria penale in Francia, cit.*, 7.
- 54 “Universalmente proclamada é a exigência de uma reforma penal e processual, cujas pedras angulares são a publicidade do procedimento, a garantia da defesa, a suavização das penas, a drástica redução do arbítrio judicial e a abolição das jurisdições senhoriais”: assim A. PADOA SCHIOPPA, *La giuria nei cahiers de doléance, § 5, 54 do capítulo I “philosophes» e la giuria penale”, cit.* que, após observar que “*não parece ser tão geral a convicção da urgência de estabelecer o júri*”, recorda emblematicamente que “*né Rouen né Dijon, né Toulouse né Marseille, né Lyon*” a requereram *in*, 54 ss também um amplo reconhecimento sobre os estratos sociais das cidades que introduziram nos *cahiers* reivindicações sobre o tema do júri ou melhor, sobre o “*julgamento pelos pares*”.
- 55 Cfr F. HÉLIE, *op. cit.*, vol. IV, 363. O acadêmico, em apoio das suas afirmações sobre a distinção entre fato e direito convoca, não por acaso, os Autores que tinham inicialmente induzido à esta convicção, ou seja, Montesquieu (citado em *Spirito delle leggi*, L.VI, C.IV) e Beccaria (de quem se reporta a *Dei delitti e delle pene*, §7 ed. 1856).
- 56 Cfr F. HÉLIE, *op. cit.*, vol. IV, 364. Analogamente B. SCHNAPPER, *Le jury français aux XIX et XXème siècle, in A. PADOA SCHIOPPA, The trial jury, cit.*, 180 afirma que, com o código napoleônico, a separação entre fato e direito e entre juiz togado e leigo se transformou em uma espécie de dogma; pouco mais adiante o Autor

Quase todos os componentes da Assembleia, como Duport e Lepelletier di Saint-Fargeau identificaram nos “jurados que julgavam a verdade do fato” e no “tribunal que posteriormente aplica a lei” uma “forma (de julgamento) que excluía todo arbítrio”<sup>57</sup>: uma alegada forma de garantia que teria caracterizado todas as medidas legislativas da década revolucionária subsequentes.

Nos termos do art. 9º, nº 5 da Constituição de 3 de setembro, “*após a admissão da acusação, o fato será reconhecido e julgado pelos jurados. A aplicação da lei será feita pelos juízes...A Constituição de 5 de fevereiro do ano III também estabeleceu como princípio em que matéria de crimes que conduzem a penas graves ou infamantes “o fato é reconhecido por um júri e a pena será aplicada pelos tribunais criminais (art. 228)”, assim como o Código de 3 de Brumário do ano IV (“com a especificação, art. 250, que os juízes não possam propor aos jurados nenhuma questão complexa) e a Constituição Primária, ano VIII*<sup>58</sup>.

Como volta a afirmar lapidarmente Hélie “*desde 1791 esta dúplíce atribuição (ao componente laico e ao togado) não foi ainda cancelada*”. Não é por acaso que “*não se encontre nos trabalhos preparatórios ao código (napoleônico) nenhuma discussão relativa a este ponto*”: (a distinção entre fato e direito ou, respectivamente, entre leigos e togados) “*é reconhecida por todos... aliás, é invocada por alguns não como uma regra a se reconhecer, mas como regra adquirida, como razão de direito*”<sup>59</sup>.

### 3.1 A Impossibilidade de se Distinguir Claramente Entre Fato e Direito na Experiência do Código italiano de 1865

Compreende-se, nesse contexto, as dificuldades que, no transplante deste instituto ao continente<sup>60</sup> as legislações continentais tiveram ao tentar (em vão) per-

---

especifica efetivamente: “*la séparation droit/fait signifiat sous la Révolution la prépotence du Jury, mais depuis le C.I.C. l’antagonisme de la cour et du jury. Elle entraînaît un peu le mêmes effets pervers que la séparation radicale des pouvoirs dans un régime politique: pression de la cour sur le jury, acquittements abusifs, reprise du procès «manqué» en correctionnelle et finalement sclérose du droit penal incapable d’évoluer sous la pression des jurés*” (ivi, 181).

57 F. HÉLIE, *ult. loc. cit.*

58 F. HÉLIE *ult. loc. cit.* Para uma outra versão em língua italiana, segundo a qual na Constituição de 1791 se estabelece que “*o fato é reconhecido e decidido pelos jurados e a aplicação da lei compete ao juiz*”, redação posteriormente retomada na Constituição do Ano III da República (“*o fato é estabelecido pelo júri, e a pena, que a lei determina, é aplicada pelo tribunal criminal*”) e também naquela do ano VIII, base das Cartas do primeiro e segundo império v. G. BORSANI – L. CASORATI *op. cit.*, § 1853, 356.

59 F. HÉLIE, *ult. loc. cit.* Também G. BORSANI – L. CASORATI, *op. cit.* § 1853, 356 observaram como o princípio que na Inglaterra se exprime como um veredito de *guilty* ou *not guilty*, deixando ao magistrado togado a instrução anterior à decisão e eventual aplicação da pena em caso de condenação é “recebido” na França como uma clara distinção entre fato e direito.

60 Na Alemanha a discussão sobre a (difícil) distinção entre fato e direito teria conduzido ao escabinato, onde, como é sabido, e como ocorre ainda hoje no ordenamento alemão, no qual o instituto nasceu e se desenvolveu, juízes leigos e togados são igualmente competentes, seja para a decisão sobre a eventual culpabilidade do acusado, seja para a consequente aplicação da pena. Cfr P. LANDAU, *Schwurgerichte und Schöffengerichte in Deutschland im 19 Jahrhundert bis 1870* in A. PADOA SCHIOPPA, *The trial jury, cit.*, 279 também para uma – em parte – diversa abordagem sobre a questão, considerando que, diversamente da França, naquele período os Estados alemães ainda não tinham uma legislação articulada de direito penal material e para a detalhada reconstrução com relação à introdução do escabinato *ivi*, 290 ss. Cfr amplamente C. A. MITTERMAIER *Das Volksgericht in Gestalt, op. cit.*, 15 ss para a diferença entre júri e escabinato. Recentemente foi reproposta na

petuar (ou introduzir *ex novo*) uma separação seguramente insubsistente (ou pelo menos diversamente compreendida) no País de origem entre fato e direito<sup>61</sup>.

O mundo dos operadores é caracterizado por considerações confusas: “*expressando-se em uma forma de se fazer supor que separar o direito e o fato significaria deixar ao juiz apenas a faculdade de pronunciar a pena, deduzindo-se do alegado por outros que, para efeito desta separação, aos juízes compete também declarar se o fato reconhecido no veredito é ou não um crime*”<sup>62</sup>.

Na Itália, onde o júri foi introduzido em 1848, limitado aos crimes de imprensa e então, estendido a outras hipóteses de crimes particularmente graves<sup>63</sup>, para dizer a verdade, a doutrina mais atenta sabia da dificuldade de distinguir claramente as duas tipologias de juízo<sup>64</sup>. Os primeiros comentadores do código processual unitário eram conscientes da existência de “dois sistemas radicalmente opostos”<sup>65</sup>: um no qual fato e direito estão unidos, devendo o júri decidir se o imputado é culpado ou inocente<sup>66</sup> e aquele francês, que se difundiu em muitos sistemas europeus, em que aos juízes leigos são feitas questões exclusivamente sobre o fato principal e outras circunstâncias<sup>67</sup>. Os autores pendem para o segundo<sup>68</sup>.

---

tradução italiana o trabalho de F. C. VON SAVIGNY *Le questioni di principio concernenti un nuovo regolamento del processo penale (Die Prinzipienfragen in Beziehung auf eine neue Strafprozess-Ordnung, Berlin, 1846)*, Milano, Giuffrè, 2012 onde uma parte é dedicada ao júri ou melhor, ao escabinato no sistema alemão, novamente com relação ao juízo de fato e de direito: *ivi*, 61 ss.

- 61 O problema da limitação do poder sobre a valoração apenas dos fatos aos leigos é, aliás, somente um, mas talvez o mais emblemático, de tantos problemas de aplicação do (novo) instituto do júri. Como exemplo, diversamente do que sucede com os julgamentos populares ingleses, escoceses e norte-americanos, nos júris franceses, alemães ou italianos o presidente faz perguntas. Como os primeiros devem decidir simplesmente se o imputado é culpável ou não pelo crime imputado, os ordenamentos anglo-saxões não conhecem, portanto, as frequentes discussões que caracterizam os sistemas imputáveis às escolhas do legislador francês (C. G. A MITTERMAIER, *Das englische, schottische und nordamerikanische Strafverfahren*, cit. 446-449). No debate sobre atribuir-se o poder de propor questões ao presidente ou ao representante do Ministério Público, quem privilegia o segundo sublinha, desta forma, a oportunidade de circunscrever o poder do presidente e consentir um espaço mais ampla à defesa que, em tal caso, não teria o temor dialogar ligado à sujeição em seu confronto com o julgador (G. BORSANI - L. CASORATI op. cit., § 1851, 350 ss.). Na imensa maioria dos países, incluída a Itália, o poder é atribuído, sem embargo, ao presidente (G. BORSANI - L. CASORATI op. cit. § 1851, 351 ss.)
- 62 G. BORSANI - L. CASORATI op. cit., § 1853, 357
- 63 Para uma sintética história da competência da Corte d'Assise Cfr L. LUCCHINI, verbete *Corte d'assise*, in *Il Digesto Italiano, Enciclopedia di legislazione, dottrina e giurisprudenza* dirigida por L. LUCCHINI, vol. VIII, p. IV, Torino, Utet, 1902, 35. Diversamente do sistema anglo-saxão, a parte togada da corte não era monocrática, sendo formada por um juiz-presidente e por dois assessores.
- 64 L. LUCCHINI, verbete *Corte d'assise*, cit., 33, que abre a discussão *sobre a possível separação...das questões e do julgamento de direito das questões e do julgamento sobre o fato*, recordando como “*Napoléon já tinha dito no Conselho de Estado que: “la distinction entre le juges de droit e les juges de fait est dans la nature des choses”. Mas não parece ter sido coisa muito simples de se considerar, porque todos os legisladores do continente...se fadigaram e até agora com pouco proveito, para determinar a fórmula verdadeira de tal distinção e muitos são os escritores e juristas reconhecidos que consideraram vãs todas as conjecturas desta espécie, de tal forma a fazer desesperar a tentativa de encontrar um caminho”*.
- 65 G. BORSANI - L. CASORATI op. cit., § 1849, 344.
- 66 G. BORSANI - L. CASORATI op. cit., § 1849, 344-5, também para a descrição das opções do júri para um veredito de culpabilidade com relação a crime menos grave (ainda que em tal caso para evitar, em caso de condenação, a pena capital) *ivi*, 356 ss para ulteriores aprofundamentos.
- 67 G. BORSANI - L. CASORATI op. cit., § 1849, 345-6 onde sublinham diversas modalidades de realização na Itália: “*a proposição das questões é marcada pelo princípio da absoluta separação entre direito e fato, atribuindo a decisão sobre este último aos juízes populares e àquela outra decisão aos juízes togados*”. Como sublinha L. LUCCHINI verbete *Corte d'assise*, cit., 26 e como é repetidamente recordado o sistema anglo-saxão não conhecia tais questões.
- 68 G. BORSANI - L. CASORATI op. cit. § 1850, 347 ss.

Na Corte de Assise estruturada segundo o modelo francês<sup>69</sup>, na qual a parte togada era formada por um presidente e dois assessores<sup>70</sup>, com receio de invasão no campo do direito o legislador italiano aperfeiçoou progressivamente as modalidades de se endereçar aos leigos. O nosso ordenamento passa da fórmula de 1859 (“o acusado é culpado da infração de...”) àquela de 1865 (“o acusado é culpado de homicídio voluntário, de roubo em estradas, de furto, etc?” (se indicará o nome da infração “para ter”?) até a reforma de 1874 (o acusado é culpado de ter...(se indicarão o fato ou os fatos que constituem o objeto da acusação e que constituem os elementos materiais e morais do crime imputado, sem lhes dar qualquer denominação jurídica”?)<sup>71</sup> a fim de eliminar qualquer referência ao direito, mesmo quanto à qualificação jurídica.

É significativo, todavia, que o próprio autor da reforma de 1874 (Casorati) “acabou por reconhecer que, eliminado o nome juris das perguntas aos jurados e proibida qualquer denominação jurídica, não permanecia menos irresolúvel o quesito da separação do juízo sobre fato e direito, de forma a fazer crer ser inatingível uma linha demarcatória entre as duas questões<sup>72</sup>. A ilusória separação entre fato e direito colore, com uma áurea de irracionalidade o julgamento inteiro<sup>73</sup>.

69 L. LUCCHINI, *Elementi*, op. cit., § 38, 43, é lapidar: “as origens do código de processo penal italiano encontram-se na legislação francesa: trata-se de uma mera cópia, aqui e ali retocada, do código napoleônico de 1808”. Sobre a escola do código napoleônico Cfr em detalhe, com comentários críticos B. SCHNAPPER, op. cit., 175 ss. Relativamente ao modelo inglês, também o papel do juiz presidente italiano é objeto de crítica. Como observa L. LUCCHINI *Elementi*, op. cit., § 151, 179 e para uma discussão posterior sobre o valor de tal objeto também *ivi*, § 315, 344-345: “nos julgamentos populares, que não admitem motivação do veredito, constituem sucedâneo da motivação e preparação do próprio veredito o resumo presidencial da instrução...que exige, a fim de ser útil e um reconhecido e imparcial subsídio aos jurados, sem comprometer as razões da verdade e da justiça, que a posição do presidente seja muito elevada e respeitada, e que a instrução seja informada pelo sistema acusatório. Assim, não é possível aprovar-se o objeto como foi regulado pelo procedimento italiano, como um sistema misto, constituindo um enorme poder do presidente, por isso bem se justifica o pedido de sua supressão”.

70 Desde 1865 trata-se de juizes do tribunal em vez dos anteriores conselheiros de apelação por razões de economia. L. LUCCHINI verbete *Corte d'assise*, cit., 38.

71 Para esta reconstrução e as diversas citações v. ainda L. LUCCHINI verbete *Corte d'assise*, cit., 33. A última reforma retoma muito a experiência francesa, em que nas salas de deliberação se lia: “La loi ne demande pas compte aux jurés des moyens par lesquels ils se sont convaincus; elle ne leur prescrit point de règles desquelles ils doivent faire particulièrement dépendre la plénitude et la suffisance d'une preuve; elle leur prescrit de s'interroger eux-mêmes dans le sincérité de leur conscience, quelle impression on faite sur leur raison les preuves rapportées contre l'accusé, et le moyens de sa défense. La loi ne leur dit point: «Vous tiendrez pour vraie tout fait attesté par tel ou tel nombre de témoins»; elle ne dit pas non plus: «Vous ne regardez pas comme suffisamment établie toute preuve que ne sera pas formée de tel procès-verbal, de telles pièces, de tant de témoins ou de tant d'indices»; elle ne leur fait que cette seule question qui renferme toute la mesure de leurs devoirs: «Avez-vous une intime conviction?” O texto é citado por A.C.A MANGIAMELI, *Dal pre-giudizio al giudizio note in margine al sistema della prova, in Inchiesta penale e pre-giudizio, una riflessione interdisciplinare*, organizado por P. MARCHETTI, Ed. Scient. It., Napoli, 2007, 65; *ivi*, 65-66 também fórmula análoga com a qual o Presidente da Corte de Assise francesa se dirigia aos jurados e o texto quase idêntico do atual art. 353 do código de processo penal francês.

72 Cfr ainda L. LUCCHINI, verbete *Corte d'assise*, cit., 33 que para tal finalidade cita o trabalho de CASORATI, *Intorno alla competenza dei giudici e dei giurati*, in *Riv. pen.*, vol. XII, 321. *ivi*, 34 o autor prossegue, então, elogiando Glaser que, criticando a experiência inglesa onde “o juiz divide com os jurados a missão de aplicar a lei aos fatos da causa” dispunha que, para o código austríaco de 1873 “na questão principal devem compreender-se todas as extremidades jurídicas do crime” (§ 318) e, por outro lado, o presidente é obrigado a explicar aos jurados “os elementos jurídicos do crime e o significado das expressões jurídicas contidas nas questões (§ 325)”.

73 Emblemática, dentre muitas, a experiência toscana e mais especificamente a lei de 2 de agosto de 1838 (substancialmente um código de organização judiciária que também não previa o júri): “no sentido do art. 222 no (qual) os juizes decidem apenas sobre os fatos e segundo a sua convicção moral, sem ser vinculado à obrigação de dar os motivos de sua decisão, mesmo assim os juristas toscanos são unânimes em afirmar que por convicção moral, expressão não muito bem escolhida pelo legislador, não deve ser entendida aquela convicção que basta aos jurados, mas sim que os juizes devem guiar-se na busca da certeza segundo as normas da razão”. C. G. A MITTERMAIER, *Il processo orale*



#### 4 A Recepção do Júri como Símbolo de Liberdade na Assembleia Constituinte de 1791

A instituição do júri nos ordenamentos jurídicos continentais, mesmo quando inspirados no modelo francês foi diferente de país para país<sup>74</sup>: diversa foi a configuração da natureza da decisão dos leigos, diverso também foi o objeto e diversa a articulação referente às relações entre juiz/togado<sup>75</sup>. A única nota comum à difusão do instituto de participação leiga nos assuntos da justiça no Século XIX foi apenas a força evocativa do júri, do ponto de vista político, um emblema dos direitos do novo cidadão<sup>76</sup>.

Como foi observado por um estudioso contemporâneo, o paradoxo do júri reside no fato de que ao seu sucesso político correspondeu a sua falência judiciária<sup>77</sup>. Nada do que se passou no sistema anglo-saxão e que apenas seria compreendido corretamente após a Revolução teve qualquer reflexo no território francês, cujos expoentes revolucionários estavam fascinados exclusivamente pelo valor político do instituto. Nem ao júri, como instituição jurídica foi dedicada específica atenção pelo sucessivos legisladores no continente<sup>78</sup>.

---

*accusatorio pubblico e per giurati secondo le varie legislazioni*, tradução do alemão Calderini-Zanichelli, Reggio Modena, 1851, 127 (para a denominação como "código" à lei indicada) e 129 para a posterior citação.

- 74 Cfr eficazmente C. G. A MITTERMAIER *Das Volksgericht in Gestalt der Schwurund Schöffengerichte*, cit., 8 ss. para uma panorâmica da instituição nos ordenamentos anglo-saxões (em particular Inglaterra e Escócia) e no direito continental (Estados alemães e França) assim como para a história do júri desde a perspectiva do acadêmico continental ainda ID., *Das englische, schottische und nordamerikanische Strafverfahren*, cit., 362 ss. Sobre as diversas disciplinas sobre o tema do júri, com particular referência aos critérios de seleção, das normativas norueguesas e húngaras, austríacas e estadunidenses, Cfr também o verbete *Giurati* de A. ZERBOGLIO, in *Enc.giur.Italiana*, Vol. VII, P.I, Milano, Soc. Ed. Libreria, 1914, 807 ss.
- 75 Emblematicamente, sobre algumas observações sobre as quais nos deteremos mais adiante v. para ficar com as citações do período, o trabalho de C. G. A MITTERMAIER, *Il processo orale accusatorio pubblico e per giurati secondo le varie legislazioni*, cit.
- 76 Cfr paradigmaticamente as argumentações sociológicas e jurídicas em conjunto do próprio C. G. A MITTERMAIER, *Die Lehre von Beweise im deutschen Strafprozesse*, op. cit., 101 ss. onde o Autor examina as vantagens e desvantagens do júri, ou seja, de um governo composto por leigos, recusáveis pelo imputado, que decidem de acordo com a sua própria *intime conviction*, sem motivar nem mesmo à luz de específicas regras probatórias. Em sentido crítico o Autor recorda entre outras coisas: o caso que pode governar a seleção dos doze jurados, que poderiam inclusive resultar todos inidôneos; os perigos conexos à valorações que, despidas de regras e de motivação, poderiam ainda configurar o resultado de uma mera (e infundada) intuição, absolvendo o culpado ou vice-versa; o julgamento como o resultado de uma dinâmica de vários membros do conselho, como por exemplo os mais loquazes; a ausência de qualquer instrumento de impugnação; a muito conhecida incidência do remorso constituído pela severidade da pena que poderia ser aplicada que distorce o juízo de culpabilidade ou inocência segundo parâmetros diversos do mérito ou não da acusação (ivi, 101-102); a ilusão (com a expressão de Feuerbach) daquela distinção entre fato e direito que deveria diferenciar júri e juiz togado, já que em realidade as chamadas questões de fato contêm inúmeros traços jurídicos (ivi, 103). A favor do instituto o Autor sublinha como os juizes leigos podem ser mais próximos à sensibilidade social do que os juizes togados, tendo maior sensibilidade na valoração de certas circunstâncias do fato, como por exemplo do caso da difamação por imprensa (ivi, 106-7). A estrutura do órgão, além disso, prevendo um número de componentes superior àquele previsto para os juizes togados (doze pessoas contra três) pode contribuir para uma maior confiabilidade da decisão (ivi, 108).
- 77 Em tais termos, B. SCHNAPPER, op.cit., 238.
- 78 Nas palavras de A. GABELLI, *I giurati nel nuovo regno italiano*, Milano, Tipografia di G.Bernardoni, 1861, 13, "Se, em vez de introduzir o júri como uma garantia de liberdade tivesse sido acolhido como um meio particular de administração de justiça, de modo a aumentar a confiança comum, assegurando-o com formas correspondentes para este mister, teriam sido evitadas, pelo menos em parte, mudanças que, para além de tornar a instituição vacilante, fazem nascer a dúvida e a desconfiança sobre a justiça social". Aristide Gabelli (1830-1891) conhecido positivista

Do ponto de vista jurídico, como foi aguçadamente observado acerca do *grand jury*<sup>79</sup>, em 1789 na Inglaterra: “*an anachronism, more a ceremonial than an instrumental component of the criminal procedure*”, “*in the French reception of the jury system, ...the attempt to transplant the grand jury into France is one of the most important indications that the men who engineered the French reception of the English jury system may not have had a very firm understanding of the institutions that they were borrowing*”<sup>80</sup>.

Os eventos de recepção do “*petty jury*” nas vozes de seus mais reconhecidos protagonistas em solo francês na época da Revolução de 1789 conta uma história semelhante em muitos aspectos. Não apenas o júri e os princípios de julgamento são compreendidos de modo diverso da (real) extensão dos institutos relativos ao ordenamento inglês do final dos Setecentos. Mas as etapas da recepção de tudo que já era tão mal compreendido, a começar pelos pedidos contidos no *cahier de doléance* e passando às discussões na Assembleia Constituinte até chegar à redação do código napoleônico são, outrossim, caracterizadas por uma série de afirmações para dizer o mínimo, tautológicas.

Não é exagerado dizer que o júri e o princípio do livre convencimento circularam da terra de origem ao continente graças à particular aura de liberdade que os rodeava<sup>81</sup>. Se é relativamente pacífico que a regra da *intime conviction* deriva da tradição maturada no âmbito do processo diante de seus pares em solo anglo-saxão<sup>82</sup>, o transplante no tempo e no País de Robespierre desta disciplina não foi um fenômeno unívoco; a natureza do julgador e os critérios de julgamento eram considerados independentes entre si. E os institutos circularam quase como o resultado de uma espécie de efeito de arrastamento devido à admiração que as

---

e famoso pedagogo (entre outras coisas integrou o Conselho Superior da Educação Pública desde 1874), política da Itália unificada (Parlamentar, foi encarregado de elaborar os programas das novas escolas primárias obrigatórios recém-instituídas), foi sobretudo um jurista que estudou Direito em Viena, embora nunca tenha se formado: Cfr G. SIRCANA, verbete *Gabelli Aristide*, em *Dizionario Biografico degli italiani*, in [Treccani.it/enciclopedia/aristide-gabelli](http://Treccani.it/enciclopedia/aristide-gabelli) (*Dizionario Bibliografico*) / (sítio consultado em 15.6.2011) para as mais oportunas referências relativamente à sobre a sua obra e para as fontes bibliográficas importantes.

79 Ou seja, do júri de acusação, que logo se transformaria naquilo que hoje atualmente se denomina jurisdição instrutória e que na forma ultramar conhecida seria abolida por Napoleão.

80 J. H. LANGBEIN, *The English Criminal Trial*, cit., 22.

81 Cfr E. GRANDE, *op. cit.*, 43-44 que afirma que um modelo “científico e cultural” se, como no caso do júri anglo-saxão (e no caso da pandectística alemã e da doutrina privatística norte-americana a partir do realismo) se “goza de uma posição de predomínio no interior do próprio sistema “onde” é reconhecida como componente reconhecido do direito e é “caracterizado por um forte metapositivismo metodológico, em que apenas uma cultura jurídica alargada, capaz de desenvolver orientações e abordagens jurídicas que transcendas as particularidades locais pode aspirar à emanação desse encanto que lhe faz aparecer como um produto não exclusivamente nacional e, portanto, desejável por outros sistemas”. V. também E. AMODIO, *Miti e realtà della giustizia nordamericana. Il modello accusatorio statunitense e il codice procedura penale del 1989, em Processo penale diritto europeo e common law*, Milano, Giuffrè, 2003, 195; para o significado que ainda hoje uma determinada instituição pode adquirir neste nível, com a finalidade de transplante de um sistema a outro: por ocasião do primeiro código da Itália republicana, do sistema acusatório norte-americano, paradigmático da tutela no processo de direitos fundamentais da pessoa ao solo italiano.

82 Cfr dentre todos ainda J. H. LANGBEIN, *The English Criminal Trial*, *supra*, sub nota 2

instituições inglesas provocavam<sup>83</sup> e não como o resultado de reflexões profundas sobre a sua estrutura<sup>84</sup>.

*“A la chute de Napoléon 1er.. étaient posés tous les termes antagonistes, étaient fixées toutes les opposition qui en firent l’histoire jusqu’à nos jours. Le jury conçut comme le palladium de la liberté est devenu un mythe puissant”<sup>85</sup>.*

#### 4.1 Juízes, Jurados e o Princípio da Divisão de Poderes

Mesmo que a introdução do magistrado não profissional no âmbito das reformas promovidas pela Assembleia Constituinte em 1789-1790 não tenha sido de forma alguma derrotada<sup>86</sup>, “uma reforma que poderia parecer remota na véspera e que certamente não era demandada por muitos franceses, foi tratada desde o início como indiscutível por parte dos poucos constituintes que realmente a desejavam”<sup>87</sup>.

As razões de semelhante recepção rápida e em certa medida acrítica, podem ser apontados no próprio envolvimento nas funções jurisdicionais de juízes não profissionais, que, enquanto tais, eram contrapostos tanto ao poder legislativo quanto ao poder judiciário: mitigando o excessivo rigor de certas disposições sancionatórias<sup>88</sup> do primeiro e deixando ao segundo a mera aplicação da lei.

A aplicação da lei no que diz respeito (também) à particular sensibilidade popular constituía uma muito precisa limitação do próprio poder legislativo que, para os delitos que não eram mais considerados como tais pela consciência social, perdiam totalmente a sua eficácia, em especial quanto aos delitos relativos à liberdade de imprensa.

Na perspectiva do equilíbrio entre os poderes, o envolvimento de não profissionais na administração da justiça representava, em muitos aspectos, uma inédita articulação de diferentes braços do Estado, em que o poder judiciário, pela primeira vez e sob diferentes formas em distintos ordenamentos jurídicos, se destacava da justiça régia, da qual até então tinha emanado e, na maioria das vezes, era (diretamente) dependente. Desde a ótica do equilíbrio dos componentes do tri-

83 Cfr exemplificativamente à Assembleia Constituinte Andrien Duport (citado por A. PADOA SCHIOPPA, *La giuria all’Assemblea costituente*, cit., 96) segundo quem o júri, verdadeiro paládio da liberdade, constituía o único e eficaz instrumento para superar o sistema das provas legais.

84 Sobre a circunstância que, na circulação do instituto a aura de liberdade da qual ele pretendia ser a expressão prevaleceu, mesmo em detrimento dos caracteres mais estritamente de ordem jurídica, cfr eficazmente C. G. A. MITTERMAIER, *Legislazione e giurisprudenza*, Erlangen, 1856.

85 B. SCHNAPPER, *op. cit.*, 181.

86 A. PADOA SCHIOPPA, *La giuria all’Assemblea costituente*, cit., 65.

87 A. PADOA SCHIOPPA *ult. op. cit.*, 89.

88 Cfr. supra, sub notas 28 e 32.

bunal, analogamente, a atribuição daquilo que era considerado (bem ou mal) um mero juízo de fato exclusivamente aos leigos, permitia subtrair do juiz profissional aquilo que era percebido como o julgamento mais exposto a decisões valorativas e, portanto, a avaliações arbitrárias e por vezes prevaricadoras<sup>89</sup>. Reservar ao togado a (simples) aplicação da lei parecia ser uma opção absolutamente coerente com a figura do juiz como “boca da lei”<sup>90</sup>. Como observa Zacharia (1806-1875), de fato, uma vez que os leigos deveriam ter decidido sobre a única questão de fato, que poderiam apreciar e melhor e mais corretamente que o jurista profissional<sup>91</sup>, a este último teria sido reservado, oportunamente, o simples papel de mero executor do poder legislativo<sup>92</sup>.

Tratam-se todos de perfis remissíveis a problemáticas próprias e típicas da reflexão iluminista em tema de divisão de poderes, com o fim de assegurar um correto exercício tanto das prerrogativas régias quanto das particulares especificidades do *ius dicere*<sup>93</sup>.

Nesta ótica, a progressiva afirmação, sobretudo nas experiências jurídicas continentais<sup>94</sup>, do componente togado sobre o leigo<sup>95</sup> não constitui nada além do

89 O júri parecia fazer atuar, no interior da própria atividade jurisdicional, o princípio da divisão de poderes (*Gewaltenteilung*), assegurando a equidistância das partes e do objeto do processo que o juiz profissional do processo inquisitório não podia de modo algum garantir: para esta reconstrução W. KUPPER, *op. cit.*, também para posteriores referências bibliográficas 172

90 Recorde-se, com efeito, ainda que não exista uma relação biunívoca necessária entre o Iluminismo e a abolição das provas legais, uma vez que o sistema destas é, em certa medida, inerente à reflexão iluminista sobre a separação dos poderes: para tais observações, veja desde a ótica da doutrina tedesca seja da doutrina francesa v. o clássico trabalho de W. KUPPER, *op. cit.*, 132 ss que, ao descrever como a criminalística alemã do período iluminista (*Aufklärung*) herdou o processo penal do direito comum e, com isso o sistema das provas legais sem modificação alguma, destaca como tal recepção era totalmente compatível com a ideia de atividade jurisdicional dominante (“*wie sehr sie [die gesetzliche Beweisstheorie] ihrer Vorstellung von richterlicher Entscheidungstätigkeit entsprach*”).

91 W. KUPPER, *op. cit.*, 175 para as referências e a exata citação bem como referências bibliográficas adicionais

92 W. KUPPER, *ult. loc. cit.*, que fala do papel de “*Subsumtionsautomaten*” do juiz.

93 Sintomático a este respeito é a reflexão de G. BORSANI – L. CASORATI, *op. cit.*, § 1852, 353 segundo os quais o júri “*se apoia essencialmente no princípio da separação dos poderes*”.

94 Referentemente à experiência anglo-saxã, com relação ao controle do togado sobre o leigo também através do direito probatório v. N. LIEBER, *op. cit.*, 99.

95 No que diz respeito ao modelo francês, sobre a progressiva erosão dos poderes dos leigos diante da “*ingerência*” do togado, quer no âmbito do resumo, quer relativamente às intervenções dos togados quando os leigos não atingiam a maioria necessária ou ainda, no cenário de afirmações jurisprudenciais sobre a admissibilidade de um crime para que restou absolvido pelo júri, que neste sentido fala de “*c’était une infraction formidable à l’autorité de la chose jugée et à l’impossibilité d’interner une deuxième procédure sur le même fait*” v. B. SCHNAPPER, *op. cit.*, 179 ss. Para a experiência italiana Cfr L. LUCCHINI, *verbete Corte d’assise*, *cit.*, 25 que, convocando o pensamento de Mittermaier observa: “*o presidente goza de uma grande autoridade, devido à sua posição elevada e por suas qualidades eminentes das quais deve ser dotado. Ele é investido de poder discricionário (discretionny power) no exercício de suas atribuições até o ponto de poder suspender o julgamento e dispensar os jurados. Cabe a ele decidir sobre a admissibilidade das provas...e ele finalmente dirige aos jurados uma instrução (charge) que contém o resumo da discussão, indicando e explicando os questionamentos sobre os quais devem focar sua atenção*” *ivi*, 26: “*encerra a instrução o resumo final do presidente que consiste essencialmente em duas partes: a exposição resumida e ordenada dos resultados processuais e a explicação das questões jurídicas pertinentes ao caso*”. Mais adiante, a propósito da experiência italiana *ivi*, 33, o Autor destaca: “*E como, por outro lado, ninguém pensava em minar a autoridade soberana do jurado, e todos, portanto, evitavam conceder ao juiz togado, que no continente europeu está longe de desfrutar da mesma reputação e confiança que possui na Inglaterra, aquele poder diretor e moderador com o qual é investido lá, foi uma preocupação árdua de juristas e legisladores em invocar medidas para garantir que o veredicto do júri, mesmo enquadrando nos termos da lei os fatos, não invadisse o campo e as questões de direito*”. Para uma análoga

reflexo, na história das instituições jurídicas, do êxito das perspectivas de restauração relativamente às instâncias majoritariamente inovadoras, que explodiram sobretudo com as revoltas de 1848, quando precisamente o júri se difundia pelos territórios dos Estados europeus.

## 5 O Desconhecimento do “*Law of Evidence*” e o Abandono das Provas Legais Negativas

Foi demonstrado que não há uma implicação necessária entre júri e teoria dialética da prova<sup>96</sup>. Se o júri nos sistemas jurídicos continentais certamente contribuiu para a difusão do princípio da *intime conviction*<sup>97</sup>, a sua recepção não resultou no desenvolvimento de uma sensibilidade em relação à prova semelhante àquela existente nos países anglo-saxões<sup>98</sup>. Mais precisa e provocativamente, a circulação do júri, ou melhor, do modelo francês de julgamento por leigos, não foi acompanhada por uma reflexão sobre a prova semelhante àquela que se desenvolveu no mesmo período na Inglaterra<sup>99</sup>.

Naquela época, provavelmente também devido ao equívoco inicial sobre a alegada e infundada separação rígida entre julgamento de fato e julgamento de

---

organização do júri no sistema alemão v. P. LANDAU, *op. cit.*, 277 ss quanto aos poderes do presidente em relação à apresentação da prova, ao resumo conclusivo (*Schlussvortrag, Resumé*) e às perguntas aos jurados, especifica-se que mesmo nesse caso o modelo de referência não pode ser considerado o anglo-saxão, mas sim o francês (*ivi*, a citação do pensamento de PLACK, J. W que, em 1857, falava neste ponto do *pouvoir discrétionnaire* do Presidente especificamente segundo o modelo francês, a fim de perseguir a verdade “*zur Aufklärung der Wahrheit zu erlangen*”).

- 96 Relata a opinião de A. GIULIANI (obra citada) segundo a qual o desenvolvimento do direito probatório anglo-saxão é fundamentado na concepção original da prova como “*argumentum*”. M. NOBILI, *op. cit.*, 11-12. Cfr mais amplamente A. GIULIANI *op. cit.*, 216 ss especificamente 220 ss na parte em que o autor reconstrói a concepção clássica da prova como “*argumentum*”, entendida como “*result of a complex development of rhetorical and dialectical theories*” ele se concentra nos princípios subjacentes a essa concepção, ou seja: a) uma teoria da formação do *issue* (*status, constitutio causae*)” como centro da argumentação para a qual “*proofs are rigidly selected and subordinated to the issue “ad quem probationes partium referantur”*; b) uma teoria do provável e do normal não formulada segundo uma perspectiva estatística, mas baseada em fundamentos éticos; c) uma teoria da relevância da prova formulada em termos negativos (certos métodos são excluídos para evitar determinados erros). *ivi*, 221 ss a história do desenvolvimento da retórica e da dialética desde Aristóteles até a “*ars disputandi*” nas universidades medievais e nos procedimentos romano-canônicos. Significativa também a observação de J. H. LANGBEIN *The English Criminal Trial, cit.*, 33, para quem “*the English did have some rules about proof, the so-called rules of evidence, which began an enormous expansion in the second half of the eighteenth century that continued to modern times. The origins of this development are little understood. It was probably associated with the rise of counsel in criminal trials and seems to have been heavily influenced by patterns of pleading and proof-taking in civil jury procedure*”.
- 97 M. NOBILI, *op. cit.*, 12-3 e sub nota 14 recorda: “*Não está, de qualquer forma, em contradição com as opiniões de GIULIANI [que refutou a visão tradicional que vê no direito probatório anglo-saxão uma consequência do sistema de júris populares], afirmar que nos países de civil law, ao contrário, foi o próprio júri a principal causa da adoção do sistema de livre convencimento. Isso não levou aos mesmos resultados dos países anglo-saxões - em relação à concepção da prova - justamente porque não existe uma implicação necessária entre júri e direito probatório.*”
- 98 M. NOBILI, *ult. loc. cit* que, ainda citando GIULIANI, (*op.cit.*, 248 ss.) lembra como entre os séculos XV e XIX o sistema escocês, por exemplo, conheceu uma concepção dialética da prova sem prever a existência do júri.
- 99 Como observa J. H. LANGBEIN *The English Criminal Trial, cit.*, 33-4 por outro lado: “*the law of evidence has become a vast, clumsy, largely self-defeating body of rules, creating work for lawyers and appellate courts, while making jury trials so complex and time-consuming that they can no longer be regularly employed. There is no sadder paradox in comparative legal history than to observe the English in the later eighteenth century beginning to produce a law of proof nearly as bad as the one that the Europeans were just then abolishing*”.

direito, apenas alguns autores de direito continental, também fascinados pela autoridade peculiar do órgão leigo, conseguiram enquadrar corretamente o princípio do “livre convencimento” e delimitá-lo adequadamente, a fim de não reduzir a disciplina da prova a uma mera questão de liberdade na avaliação do material correspondente.

O primeiro foi sem dúvida o Incorrupível. Na citação de Hélie<sup>100</sup>, para Robespierre, estava claro que “a lei não pode deixar apenas à consciência do juiz o direito de decidir arbitrariamente”. Ela lhe diz: “Você não condenará se contra o acusado não existirem provas mais claras que a luz do dia. A lei estabeleceu também certas regras para o exame e admissão das provas; sem a observância destas regras, os juízes não poderiam condenar, seja qual for sua convicção. As regras existem, é necessário que a sua observância seja afirmada, e o meio de afirmá-la é a escritura; sem isso, o freio ao arbítrio e ao despotismo seria quebrado. A sociedade deve ter certeza de que o acusado seja condenado com base em provas incontestáveis... portanto, é preciso conciliar a fé devida às provas legais com aquela que merece a convicção íntima do juiz (Sessão de 4.1.1791)”. Segundo Robespierre, o princípio da “*intime conviction*” não poderia nem deveria ser suficiente para proferir uma condenação; para conter o arbítrio do julgador, seria necessário prever de qualquer maneira, um sistema de provas legais, dentro de um procedimento que deveria permanecer escrito, em derrogação ao princípio da oralidade<sup>101</sup>.

O acertamento jurisdicional, seja ele proveniente de um magistrado togado, seja ele confiado a um leigo, enquanto exercício de poder, deve estar sujeito a limites<sup>102</sup>. E assim como a doutrina mais atenta do século XX teria identificado também no direito probatório “um sistema de provas legais, embora mitigadas”<sup>103</sup>, também, nas proximidades da adoção do instituto do júri no continente, alguns dos maiores expoentes do Iluminismo, especialmente na região alemã, não abandonaram a reflexão sobre o ponto em nome do princípio do livre convencimento.

100 F. HÉLIE *op. cit.*, vol. II, 443. *ivi*, 439 o recurso a Mittermaier para a definição de prova “que [além disso] pode, contudo, ser interpretado em duplo sentido, como meio de alcançar o conhecimento da verdade e como expressão de uma verdade já adquirida”, citando também Bentham.

101 Cfr PADOA SCHIOPPA, *La giuria all'Assemblea costituente*, 107 e *ivi*, nota 235 que cita expressamente em francês o já citado pensamento do grande revolucionário. (“*la loi ne peut pas abandonner à la seule conscience du juge le droit de décider arbitrairement [...] Il faut [...] réunir et la confiance qui est due aux preuves légales et celle que mérite la conviction intime du juge*”). Na nota seguinte, as referências à oportunidade do procedimento escrito. Mesmo Tronchet, um advogado sênior e respeitável já *bâtonnier* da ordem de Paris, considerava que não havia contradição alguma entre o procedimento escrito (e, com ele, um sistema de provas legais) e o princípio do livre convencimento: v. PADOA SCHIOPPA *ult. op. cit.*, 98 e 109, e *ivi* na nota; uma opinião semelhante contra a oralidade foi expressa por Condorcet; lá, também os subsequentes pronunciamentos de Tronchet nos quais ele negava que a oralidade se identificasse com a “*intime conviction*” e que o procedimento escrito, por sua vez, necessariamente implicasse em um sistema de provas legais.

102 Sobre o sistema das provas legais como forma de contenção do arbítrio do órgão jurisdicional v. dentre muitos, pela eficácia da síntese W. KUPER, *op. cit.*, 174 ss.

103 M. NOBILI *op. cit.*, 10-11 e para as necessárias referências bibliográficas dos Autores que se exprimem neste sentido BONNIER, CAPPELLETTI, DENTI, RACHED, RADBRÜCH e, em particular, TARUFFO (*ivi*, *sub nt.* 10).

Significativa a esse respeito, e muito semelhante às reflexões desenvolvidas por Robespierre, é a elaboração de um sistema de provas legais negativas, seguindo o pensamento de Feuerbach<sup>104</sup> e, antes dele, do italiano Filangeri, segundo o qual, como é sabido, um veredicto de condenação só poderia ocorrer na presença conjunta das provas exigidas pela lei e da certeza moral por parte do juiz. De forma mais específica, o grande jurista napolitano, depois de afirmar que “o legislador deveria estabelecer que os juízes encarregados de examinar a verdade da acusação tivessem três respostas a dar: a acusação é verdadeira, a acusação é falsa, a acusação é incerta”, esclarece: em caso de respostas afirmativas, no primeiro caso deveria seguir a condenação, no segundo a absolvição, no terceiro a suspensão do julgamento, e nos demais casos a liberdade do acusado<sup>105</sup>.

Sintomática de uma elaboração que poderia ter aberto horizontes férteis de pesquisa, se tivesse sido prosseguida, é a posição de Mittermaier. O estudioso alemão, depois de se posicionar claramente contra os preconceitos que viam o instituto do júri como incompatível com qualquer *Beweistheorie*<sup>106</sup>, influenciado pelo pensamento do americano Livingstone<sup>107</sup>, chegou à conclusão de que regras legais também deveriam ser previstas mesmo diante de um júri<sup>108</sup>. Alguns anos

104 Cfr N. LIEBER *op. cit.*, 154-155 e *ivi* 145-147 A análise do pensamento de Feuerbach (1775-1883) sobre a instituição de juízes leigos, que eram politicamente incompatíveis com um Estado absoluto e eram também criticados do ponto de vista jurídico pela impossibilidade, pelo menos na versão francesa, de distinguir o julgamento de fato do julgamento de direito. Como lembrado lá, a posição de Feuerbach não pode ser inserida entre os opositores do júri. De fato, deve ser lida à luz de suas reflexões sobre as provas legais negativas; se fosse necessário abandonar um sistema de provas legais, em vez de confiar no princípio do livre convencimento, Feuerbach considerava ser um mal menor a associação do juiz togado aos leigos, que poderia controlá-los. Sobre a posição de Feuerbach, que escreveu sobre o júri após uma viagem às regiões francesas e com base nos estudos dos clássicos ingleses e americanos (particularmente EDWARD LIVINGSTON, cujo livro sobre a legislação penal da Luisiana contém uma ampla parte sobre o regime de provas e que Feuerbach utiliza como base para suas reconstruções sobre provas legais negativas). Cfr P. LANDAU.

105 G. FILANGIERI, *La scienza della legislazione*, tomo III (delle leggi criminali) (composto em 1781) *cit.* da 1ª ed. Vêneta, Venezia, 1793, 195-196 que então prossegue, exemplificando: “Para declarar verdadeira a acusação, seria necessário que a certeza moral do juiz estivesse unida ao critério legal; para declará-la falsa, ambos deveriam estar ausentes; e para declará-la incerta, deveria haver apenas uma das duas coisas a favor da acusação, ou seja, que havendo a certeza moral do juiz, faltassem as provas legais estabelecidas pela lei, ou que havendo as provas legais, faltasse a certeza moral do juiz. O que resultaria disso? O juiz não teria um arbítrio ilimitado, nem para condenar, nem para absolver, já que sua única certeza moral não seria suficiente para condenar ou absolver; ele não estaria sujeito à bárbara coerção de trair sua consciência ao declarar verdadeira a acusação, quando, apesar de tudo, ele tivesse motivos para duvidar de sua verdade; a lei seria um freio ao arbítrio dos juízes, e a consciência dos juízes seria um remédio para a necessária imperfeição da lei. Ambas, por si só, teriam força suficiente para garantir a inocência; no entanto, nem uma nem outra teriam força suficiente para oprimi-la. Para que um inocente fosse condenado, seria necessário que se combinasse contra ele a existência das provas legais com o erro ou a maldade dos juízes”.

106 Cfr o resumo do pensamento de Mittermaier (elaborado no artigo *Die gesetzliche Beweistheorie in ihrem Verhältnis zu Geschworenengerichten*, in *Neues Archiv des Criminalrechts* 12 (1832), 488 ss) em P. LANDAU, *op. cit.*, 248-249.

107 Cfr ainda P. LANDAU, *op. cit.*, 249 que recorda como no artigo de Mittermaier citado *supra* à nota precedente o *Code of Evidence* de Livingstons ocupa dez páginas.

108 “Auch in einer auf Geschworenengerichte gebauten Criminalordnung gesetzliche Beweisvorschriften gegeben werden sollen”: citado em P. LANDAU, *op. cit.*, 249 que observa como o pensamento do grande alemão teria se aperfeiçoado no volume *die Lehre von Beweise* de 1834. A esse respeito, Cfr também Mittermaier que, ao discutir os sistemas de provas legais em *Teoria della prova nel processo penale*, *cit.*, 86-94, com relação ao sistema jurídico inglês aborda seis aspectos: os critérios de admissibilidade (onde trata, entre outras coisas, da exclusão de provas “enganosas”, por exemplo, aquelas que visam demonstrar o mau caráter da pessoa e a disciplina do “*ouvir dizer*”); as condições para que uma prova seja valorada (geralmente, apenas testemunhos

tarde, todavia, o Autor, provavelmente também influenciado pelas observações de Tocqueville, e de qualquer forma sem seguidores, teria considerado inadequado o modelo americano para o sistema europeu<sup>109</sup>.

## 6 A atribuição do princípio da *Intime Conviction* ao Juiz Togado: *ratio* e limites

Não existem orientações unívocas na reconstrução das razões que levaram ao reconhecimento do princípio do livre convencimento também no julgamento pelo magistrado togado<sup>110</sup>. Todas as circunstâncias relacionadas à circulação do júri e da *intime conviction* no continente podem ter contribuído de várias maneiras para esse resultado. A principal causa, no entanto, provavelmente deve ser encontrada na disseminação desse critério de julgamento fora de seu contexto original, desvinculado das características específicas que o caracterizavam na Inglaterra.

A recepção no nosso país é uma história conhecida. Excluída por Napoleão a oportunidade de introduzir em nosso país o instituto do júri<sup>111</sup>, o Código do Reino da Itália, promulgado em Milão em 8 de setembro de 1807 “*sem adotar o júri*”, conservou, no entanto, “*tudo o que essa instituição poderia ter de vantajoso*”<sup>112</sup>, incluindo, especificamente, o princípio do livre convencimento<sup>113</sup>. Ao contrário do que aconteceria na França e na própria Alemanha, foi apenas posteriormente à

---

juramentados); as modalidades de assunção (“*em que modo se deve valer das provas*”, onde discute as testemunhas do promotor público e o direito ao exame cruzado); o número de provas requeridas (um instituto agora em desuso); as presunções legais (o princípio da presunção de inocência e o ônus da prova sobre o representante da acusação); os critérios de valoração da eficácia das provas (onde destaca a importância de os jurados serem alertados sobre a necessidade de provar o fato antes de qualquer outra questão relacionada à culpabilidade).

109 P. LANDAU *op. cit.* 250-1.

110 Já Hélié havia claramente percebido o perigo de confiar ao juiz togado o princípio do livre convencimento: Cfr especialmente o resumo do pensamento do grande estudioso francês em M. NOBILL, *op. cit.*, 207-208, onde é destacada a desconfiança em relação à prática comum de julgamento que, ao contrário das questões de direito, desaconselhava atribuir ao juiz de carreira o critério de julgamento baseado no livre convencimento.

111 Como recorda também C. G. A MITTERMAIER *Il processo orale accusatorio pubblico*, cit., 114, “*em algumas partes deste país, foram introduzidos os códigos do além-mar, com a importante diferença para o procedimento penal italiano, que o próprio Napoleão não considerou seus cidadãos aptos a receber o julgamento por jurados. A veemência das paixões, o espírito de partido que facilmente se insinua em todo lugar, principalmente a rivalidade entre as famílias, que ainda predomina consideravelmente, e a inclinação à vingança, conforme o conselho de Napoleão, tornavam suspeita essa instituição*”. O Autor esclarece então em nota (*ibidem*, nota 1): “*Napoleão, em 7 de junho de 1805, declarou aos membros do Corpo Legislativo... ‘Não acreditei que as circunstâncias em que a Itália se encontrava me permitissem pensar no estabelecimento dos jurados; mas os juízes devem pronunciar como jurados, apenas com base na convicção e na consciência, sem se entregar a um sistema de semi-provas’*”. A citação era então frequente em todos os estudos sobre o instituto do julgamento por leigos, mesmo que com palavras mais ou menos diferentes: de forma emblemática, v. A. GABELLI, *op. cit.*, 6-7. Não é sem sentido que o episódio seja relatado também por um dos primeiros autores anglo-saxões que, na década de 1930, explicava as recentes reformas italianas em direção ao sistema de escabinato ao mundo estadunidense. M PLOSCOWE *Jury Reform in Italy*, 25 *Am. inst. Crim. L. & Criminology*, 1934, 1925, 576. Mais recentemente v. M. NOBILL, *op. cit.*, 201 ss.

112 São as palavras que o ex-ministro da Justiça francês Abrial, que havia contribuído para a redação do código em conjunto com o Ministro da Justiça do Reino da Itália, Giuseppe Luosi, escreve a Napoleão ao concluir os trabalhos. O trecho, retomado por F. SCLOPIS (*Storia della legislazione italiana*) é citado por M. NOBILL *op. cit.*, 203.

113 Como observa L. LUCCHINI, *Elementi*, *op. cit.*, § 150, 175, além disso, o princípio era até implicitamente estabelecido: “*o princípio, de qualquer forma enunciado expressamente apenas para o julgamento pelo júri, deveria ser considerado comum, de acordo com o espírito da lei, para todo tipo de julgamentos*”



introdução da *intime conviction* que, “em 1848 de forma excepcional e em 1859 de forma generalizada”, o instituto do júri foi introduzido na Itália<sup>114</sup>.

Também na França, de maneira análoga, a desconfiança em relação à decisão de juízes não profissionais não comprometeu o critério relacionado ao livre convencimento. Com a quebra da interdependência entre júri e *intime conviction*<sup>115</sup>, durante as discussões que antecederam a promulgação do código de 1808, foi relativamente fácil “compensar” o abandono do sistema de provas legais, atribuindo o princípio do livre convencimento aos juízes profissionais<sup>116</sup>.

Atenuada a radical oposição entre as figuras dos juízes leigos e togados, ambos independentes em relação aos outros poderes do Estado<sup>117</sup>, no século XIX gradualmente diminui também a considerada antítese entre as duas modalidades de julgamento. Não surpreende que, após a época dos grandes tumultos de 1848<sup>118</sup>, as escolhas dos legisladores de língua alemã se tenham voltado para a afirmação do princípio do livre convencimento também nas decisões dos juízes togados, embora grande parte da reflexão anterior tenha seguido uma direção totalmente diferente<sup>119</sup>. Na Alemanha, o princípio do livre convencimento (*freie Beweiwürdigung*) era considerado uma alternativa clara ao sistema das provas legais (*gesetzlichen Beweisregelung*)<sup>120</sup>, que, apenas para evitar arbítrio, inicialmente foi reconhecido aos jurados na valoração das provas<sup>121</sup>.

114 M. NOBILI *op. cit.*, 205-206 e *ivi* 210 ss. para as afirmações do princípio nos códigos dos estados italianos pré-unitários.

115 Como nota M. NOBILI *op. cit.*, 175-176, com base nos diferentes pareceres elaborados pelos Tribunais de Apelação consultados em vista do que se tornaria o código de 1808, a desconfiança em relação ao instituto do júri era bastante difundida. Diante do fracasso e do subsequente repúdio ao sistema de provas legais, tornou-se desejável o uso da prova moral. A recuperação do critério do livre convencimento pelos juízes de carreira foi acompanhada (e em certa medida contribuiu para justificá-la) pela abolição do júri. Com a quebra da interdependência entre o júri e o princípio do livre convencimento, foi fácil recorrer ao segundo para o julgamento por juízes profissionais, como ocorreu no Código para o Reino da Itália de 1807.

116 M. NOBILI *op. cit.*, 176 ss. *ivi*, 177-178 a hostilidade à proposta de Berenger, segundo o qual a atribuição aos juízes profissionais do princípio do livre convencimento implicaria no reconhecimento a eles de um “poder formidável”, foi evidente. A introdução do princípio no início foi apenas parcial; depois, foi estendido, na jurisprudência da Corte de Cassação, também às cortes inferiores: *ivi* 179. Sobre as diferentes opiniões dos magistrados, especificamente em relação ao júri antes do *code d’instruction criminelle*, consulte também B. SCHNAPPER, *op. cit.*, 174-175, também pela hostilidade inicial do Conselho de Estado em relação ao júri e sua posterior reconsideração após o abandono definitivo do sistema de provas legais.

117 N. LIEBER *op. cit.*, 257.

118 O júri foi introduzido em quase todos os estados alemães após os distúrbios de 1848. V. P. LANDAU, *op. cit.*, 241 também para a indicação do texto de E. SCHWINGE, *Der Kampf um die Schwurgerichte*, 1926, como trabalho para a reconstrução dos eventos do júri nos territórios de língua alemã.

119 W. KUPER, *op. cit.*, 218-219 também pelas escolhas específicas do legislador alemão da época, que em relação ao princípio do livre convencimento foram posteriormente incorporadas quase literalmente no código processual de Bismarck, ainda em vigor na Alemanha hoje. Para a introdução da *intime conviction* nos estados alemães, veja especificamente ainda P. LANDAU *op. cit.*, 281 ss.

120 Assim, expressamente N. LIEBER *op. cit.*, 155.

121 Cfr ainda N. LIEBER, *ult. loc. cit* também para a observação que: “*dass die freie Beweiwürdigung in Jener Zeit, wie Wilfred Küper es ausdrückte, „geradezu als eine Funktion des Geschworenengericht [W. KUPER op. cit., 217] betrachtet wurde, sollte für die weitere Entwicklung große Bedeutung sein“.*

A “*intime conviction*” no julgamento dos fatos não parecia exigir qualquer controle específico. No início do século XIX, em relação à legislação do Reino da Itália, havia a crença generalizada de que “*a íntima convicção dos juízes determina o julgamento dos fatos*”, que, ao contrário do direito, não exige qualquer motivação porque era a “*expressão da íntima convicção que produz no ânimo dos juízes os meios de prova coletados de acordo com a lei*”<sup>122</sup>.

Se a equivocada separação entre a qualidade do julgador e o critério decisório teria permitido atribuir ao juiz togado o mesmo princípio desenvolvido em relação à decisão do leigo, a igualmente ambígua separação entre fato e direito teria feito perder de vista as formas necessárias de controle. Somente as reflexões dos estudiosos mais atentos às modalidades do “mistério do processo”, independentemente da natureza leiga ou togada do órgão julgador, teriam permitido superar o julgamento errôneo, irracional e instintivo da *intime conviction*<sup>123</sup>.

Na verdade, foi o inexato e limitado conhecimento do sistema inglês, e mais precisamente a convicção de que a alegada ausência das provas legais no *common law* era devida à ampla liberdade de decisão concedida aos jurados<sup>124</sup>, o que levou os franceses, em sua (às vezes simplista) exaltação da *intime conviction*, a caracterizar o julgamento dos leigos à luz do princípio do livre convencimento.

Esse princípio “*não deve, no entanto, ser entendido de maneira tão absoluta a ponto de excluir completamente qualquer preceito ou disposição legal que a prudência legislativa e a coordenação das instituições possam sugerir*”<sup>125</sup>. Da mesma forma, na Alemanha, onde também “*surgiu e se espalhou a opinião de que a teoria das provas legais é prejudicial... facilmente se chegou a excessos, querendo-se obrigar os juízes a seguir, ao*

122 O texto é aquele do art. 73 do *Regolamento organico della Giustizia civile e punitiva del Regno*. A referência apenas à motivação jurídica se encontra no texto dos arts. 299 e 300 do Código. Assim M. NÖBILL, *op. cit.*, 204.

123 A recepção inicial do sistema anglo-saxão, como Mittermaier lembra de maneira muito eficaz, foi marcada por um profundo mal-entendido que comprometeria todo o subsequente desenvolvimento. As modalidades de julgamento previstas para o júri francês, que deveria se pronunciar “*nach innerer Überzeugung*”, sem qualquer clara indicação sobre prova, foram desde o início profundamente diferentes daquelas próprias da experiência inglesa, já na época muito articulada quanto ao tema da avaliação probatória. Nessa perspectiva, desde o seu início, a decisão do júri francês foi voltada, de maneira totalmente imprópria, para ser uma mera questão de sentimento. (“*Gefühlsache*”): C. G.A MITTERMAIER, *Das Volksgericht in Gestalt der Schwurund Schöffengerichte*, cit., 13. Sobre o regime probatório existente naquele período nos sistemas anglo-saxões v. *supra*, § 2 e ainda C. G. A. MITTERMAIER, *Das englische, schottische und nordamerikanische Strafverfahren*, cit., 324 ss.

124 A observação pertence a U. WESTHOFF, *Über die Grundlagen des Strafprozesses mit besonderer Berücksichtigung des Beweisrecht*, Berlin, 1955, como reportada por W. KÜPER, *op. cit.*, 176, que, na 177, argumenta sobre o ponto concluindo que à doutrina francesa desconhece o real significado do *law of evidence* britânico. Já C. G. A. MITTERMAIER, (Die Lehre von Beweise, *op. cit.*, 110), além disso, falava da “*Unklarheit, mit welcher der französische Gesetzgeber das englische Institut ziemlich übereilt aus dem fremden Lande nach Frankreich verpflanzte*”.

125 L. LUCCHINI, *Elementi*, *op. cit.*, § 151, 176 que, neste sentido, afirma que: “*as normas, condições e limitações sobre a matéria têm como objeto: -1º assegurar a sinceridade dos elementos probatórios; -2º favorecer a economia dos julgamentos; -3º coordenar a prova com as exigências da penalidade; -4º coordená-la com outras relações jurídicas; -5º garantir a base probatória do convencimento*”.

modo dos jurados, apenas a sua íntima convicção; então, nem se achou mais necessário se ocupar cientificamente da doutrina da prova"<sup>126</sup>.

Se então "outras normas são sugeridas e sancionadas para facilitar e garantir ao juiz a formação de um livre e maduro convencimento"<sup>127</sup>, particularmente com relação à obrigação de fundamentar, tanto para os profissionais quanto para os leigos<sup>128</sup>, o real problema da *intime conviction* reside precisamente no efeito de esquecimento que, pelo menos à luz dos eventos históricos, tal critério pareceria ter tido com relação à toda a reflexão sobre a prova nos sistemas de direito continental<sup>129</sup>. A equivocada convicção<sup>130</sup> de que a regulamentação da disciplina probatória é incompatível com um julgamento oral<sup>131</sup>, ou que a decisão dos leigos escapa a qualquer

126 A afirmação é ainda de Mittermaier há vinte anos da edição alemã (de 1834) por ocasião da publicação da tradução em nossa língua do seu célebre *Die Lehre von Beweise: im deutschen Strafprozesse nach der Fortbildung durch Gerichtsgebrauch und deutsche Gesetzbücher*. C. G. A. MITTERMAIER, *Teoria della prova nel processo penale*, trad. it. do original alemão de F. Ambrosoli, Milano, Libreria di Francesco Sanvito, 1858, edição anastática, 30. A anotação é retomada mais adiante *ivi*, 42-43, discutindo a validade das ideias de Carmignani sobre as abordagens perigosas dos legisladores com relação às novidades sem uma séria reflexão, como é precisamente o caso da "atribuição equivocada aos juizes permanentes do direito de decidir sem nenhuma teoria de provas e de acordo com sua própria íntima convicção".

127 L. LUCCHINI, *Elementi*, *op. cit.*, § 151, 178 que pouco depois (179) reforça: "a garantia mais importante neste assunto é aquela estabelecida para os magistrados togados ou técnicos, aos quais é imposto o dever de motivar as sentenças (art. 323 do código de processo penal)".

128 W. KUPER, *op. cit.*, 221 ss. também para oportunas referências bibliográficas; particularmente o Autor, para demonstrar os seus temas, já perceptíveis ao início do Século XIX retoma a discussão de C. E. JARCKE (*Bemerkungen über die Lehre von unvollständigen Beweise*, 1825) (e Feuerbach) também na ótica específica da abordagem (filosófica) dada ao problema do julgamento por Hegel e Kant, o primeiro instintivo e irracional; voltado para a busca do consenso de seres racionais, o segundo. Para a busca da verdade, à qual a decisão penal deve tender, a única garantia é fornecida pela fundamentação, pelos motivos que levam a uma afirmação específica e, portanto, pela lógica. "Wollen die Geschworene sich eine Überzeugung bilden, und eine Garantie für die Richtigkeit ihrer Überzeugung haben so stehen sie hierin...dem deutschen Richter ganz gleich. Sie müssen sich der Gründe ihrer Erkenntnis bewusst werden, diese einzelne prüfen und prüfen, ob dieselben in ihrer Gesamtheit zu einem Urtheil hinreichen. Dies Alles ist ein Geschäft der Reflexion, demnach können die Geschwornen also die Gewissheit dass ihr Urtheil richtig sey, nur durch Reflexion gewinnen".

129 Emblemático, mais uma vez, o pensamento precursor de Mittermaier que, ao discutir os sistemas de provas legais em *Teoria della prova nel processo penale*, teoriza e sistematiza diferentes "classes" (*ivi*, 85 ss.) dos quais ainda hoje poderíamos fazer referência útil na elaboração de um sistema probatório eficaz: à primeira pertence a hipótese na qual 'o legislador se limita a prescrever que algumas provas não podem ser absolutamente admitidas', por exemplo, o depoimento de parentes ou crianças, ou que devem ser observadas algumas formalidades (por exemplo, o juramento); na segunda, 'o legislador também fornece instruções sobre as provas não para vincular absolutamente os juizes, mas para que as levem em consideração durante o processo, como regra fundamental' (exemplar dessa categoria é o *common law* inglês, sobre a qual Mittermaier fala de 'uma coleção copiosa de preceitos estabelecidos em condições muito diversas e múltiplas', e o Código Probatório da América do Norte; a terceira classe compreende a legislação prussiana, bávara e austríaca (pelo menos até 1848) caracterizada pela elaboração de regras que delimitam os casos em que o juiz está vinculado a um veredicto de condenação, ou seja, há 'expressa proibição de condenar se a certeza não for estabelecida com essas provas legais taxativas' (*ivi*, 94); na quarta classe estão os sistemas que, para condenar, exigem, além da certeza legal, também a convicção do juiz, como os ordenamentos holandeses e do Grão-Ducado de Baden de 1845 (*lá*, 94); a lei que 'livra completamente os juizes do fato de qualquer teoria de prova' faz parte da quinta classe; finalmente, 'compõem uma classe especial aquelas legislações que estabelecem regras de prova segundo as quais se deve considerar provado um determinado fato. Mas não é possível condenar se não houver também a convicção do juiz sobre a responsabilidade do acusado sem qualquer dúvida, como previsto em parte no Regulamento austríaco' (*ivi*, 96)."

130 Cfr concisa, mas eficazmente C. J. A. MITTERMAIER, *Die Lehre von Beweise*, *op. cit.*, 112 segundo o qual "man irrite sehr, wenn man glaube, dass die Geschworene völlig sich selbst überlassen, nur ihre Gefühle folgend, urtheilen dürften".

131 Como recorda N. LIEBER, *op. cit.*, 155, era Feuerbach quem considerava o sistema de provas legais, evidentemente compreendido de forma ampla, incompatível com um julgamento oral: tal convicção, todavia: "steht in einem ausfälligen Gegensatz zu der Entwicklung in England, wo bereits im 18. Jahrhundert eine Vielzahl von Beweissregeln entwickelt wäre, welche in 19. Jahrhundert noch weiter ausgearbeitete wurden".

norma em matéria de provas<sup>132</sup> informa até hoje nossa abordagem em um sistema probatório que, mesmo no novo código de processo penal com vocação acusatória, longe de propor um *law of evidence* no estilo anglo-saxão, reproduz argumentos próprios de uma abordagem predominantemente inquisitória.

---

132 Cfr W. KUPER, *op. cit.*, 218-219, para o pensamento de Zacharia que, ainda em 1846 escrevia: “*Der besonderen Natur des Geschworenengerichts mag man es für angemessen erklären, dass sein Urteil nicht an gesetzliche Beweisregeln, deren Anwendung durch Rechtskenntnis bedingt ist, gebunden werde; allein für das Urteil rechtsgelehrter Richterkollegen gehören sie zu den unumgänglich nothwendigen Garantien und sind durch den Begriff des ihnen anvertrauten Rechtssprechen von selbst gegeben*”.

# POR QUE JUSTAMENTE UMA PROIBIÇÃO PROBATÓRIA? OBSERVAÇÕES HERÉTICAS SOBRE A FIGURA DA PROIBIÇÃO DE VALORAÇÃO DA PROVA

LUÍS GRECO<sup>12</sup>

TRADUÇÃO DE PEDRO POUCHAIN<sup>3</sup>

## 1 Introdução

Dentre as milhares de páginas que o aniversariante Klaus Rogall dedicou aos mais variados temas do direito penal e processual penal, ora publicadas sob a forma de monografias, ensaios, resenhas e, sobretudo, comentários, talvez sejam suas contribuições sobre teoria das proibições probatórias as mais destacadas. Ele é conhecido por ter convertido a *solução* jurisprudencial da ponderação de interesses, predominantemente baseada em intuições, em uma *teoria* da ponderação dotada de certas regras de prioridade (o que ele mesmo chama de “teoria normativa das consequências jurídicas dos vícios processuais”)<sup>4</sup>. Ainda quando não se adote esse enfoque,<sup>5</sup> não será possível escapar do poder de persuasão de muitas das premissas que lhe são subjacentes. Neste artigo, eu gostaria de mostrar que a conclusão mais coerente dessas premissas *não* conduz, na maioria dos casos, à figura da proibição de valoração da prova.

São bem conhecidas as queixas sobre o cenário desordenado e casuístico das proibições probatórias, o qual se mantém resistente a uma reconstrução racional com base nas várias teorias de proibição probatória que concorrem entre si.<sup>6</sup> Mesmo que o homenageado não compartilhe dessa avaliação,<sup>7</sup> é forçoso admitir

- 1 Tradução por Pedro Pouchain, do original: Greco, *Warum gerade Beweisverbot? Ketzzerische Bemerkungen zur Figur des Beweisverwertungsverbots*, FS Rogall, 2018, pp. 485-515. Foram mantidos os formatos originais de citação e de referência legislativa. Agradecimentos a Henrique de Sá Valadão Lopes e ao próprio autor pela revisão do texto. (N.T.).
- 2 Professor catedrático de Direito Penal, Direito Processual Penal, Direito penal Estrangeiro e Teoria do Direito Penal da Faculdade de Direito da Universidade Humboldt de Berlim. Doutor e LL.M. em Direito pela Universidade de Munique. e-mail: [luis\\_greco@hotmail.com](mailto:luis_greco@hotmail.com)
- 3 LL.M. em Direito Alemão e Europeu e Prática Jurídica e doutorando em Direito pela Universidade Humboldt de Berlim. Procurador da República. Orcid: 0000-0002-6595-4302.
- 4 Rogall, ZStW 91 (1979), 1 (31 et passim, ainda sem esta denominação); *idem*, in: Wolter (ed.), *Zur Theorie und Systematik des Strafprozessrechts*, 1985, p. 113 (141, 155 ss.); *idem*, NStZ 1988, 385 (391 ss.); *idem*, JZ 1996, 945 (946 ss., 954 s.); *idem*, in: Höpfel/Huber (eds.), *Beweisverbote in Ländern der EU und in vergleichbaren Rechtsordnungen*, 1999, pp. 119 ss. (121, 137 ss., com uma síntese instrutiva sobre essas regras prioritárias, pp. 147 s.); *idem*, FS Grünwald, 1999, pp. 523 ss. (546 s.); *idem*, FS Hanack, 1999, pp. 293 ss.; *idem*, JZ 2008, 818.
- 5 Greco, *Strafprozesstheorie und materielle Rechtskraft*, 2015, pp. 220 ss.
- 6 Por exemplo, Wolter, in: Roxin/Widmaier (eds.), *FS 50 Jahre BGH*, vol. IV, 2000, pp. 963 ss. (965); *Jahn*, Gutachten C zum 67. DJT, 2008, pp. 18, 20 ss., 47 ss. (dentre outras, com conclusões de “que, em princípio, não foi alcançado um progresso no conhecimento” [p. 18]; “estado de coisas insatisfatório” [p. 20]); *Heglimanns*, ZIS 2016, 404; *Roxin/Schünemann*, *Strafverfahrensrecht*, 29. ed., 2017, § 24 nm. 14.
- 7 Rogall, JZ 2008, 819: “A teoria das proibições probatórias pertence a uma das questões mais bem resolvidas da ciência”.

que, muito embora não tenham faltado esforços acadêmicos nesse sentido, ainda não há um sistema coordenado capaz de descrever exatamente em quais situações (sobretudo, diante de que vícios na obtenção de provas) terá lugar a consequência jurídica de uma proibição probatória. A teoria da ponderação (segundo a qual a proibição de valorar uma prova não decorre de forma automática da violação de determinada regra processual, e sim de um segundo processo argumentativo, em que se ponderam os interesses em jogo) parece fazer dessa necessidade uma virtude:<sup>8</sup> ponderações voltadas a um caso concreto não produzem nada mais do que soluções específicas para um caso concreto; logo, o casuísmo torna-se parte do programa. Por outro lado, mais adiante se mostrará, em toda sua polêmica, a natureza problemática dessa situação emergencial e, ainda, um diagnóstico que, à primeira vista, pode parecer muito pessimista: a razão de não sabermos de antemão quando incidirá uma proibição probatória – à parte dos grupos de casos já decididos – provavelmente reside no fato de que pouco sabemos por que essas proibições existem. Espero assim poder despertar o interesse do homenageado, cujas contribuições neste debate sempre foram entendidas como “estímulo no sentido de mais realismo e honestidade intelectual”.<sup>9</sup>

O ponto de partida das minhas reflexões concentra-se sobretudo, mas não exclusivamente, na figura das chamadas proibições de prova independentes.<sup>10</sup> Isso está em total harmonia com o sentido da premissa básica da teoria da ponderação, que também é adotada pelo homenageado, segundo a qual a violação de uma norma que regula a obtenção de provas não implica necessariamente na proibição da valoração das provas coletadas.<sup>11</sup> A constatação principal é que, como regra geral, não há razão para vincular entre si o vício processual e a busca da verdade. (*infra* II.: falta de conexidade entre o vício processual e a proibição de valoração). Num segundo passo, irei em busca desse elemento de conexão, que será encontrado sobretudo nas regras processuais destinadas a melhorar o descobrimento da verdade (*infra* III. 1.). Em seguida, eu me dedicarei às teorias que podem ser interpretadas como tentativas de estabelecer tal conexão (por exemplo, a teoria das faculdades probatórias e a teoria dos direitos de controle da informação, *infra* III. 2.) ou que podem ser vistas como uma recusa a essa conexão (*infra* IV.: ideia do disciplinamento). Posteriormente, destacarei um pano de fundo que, embora

8 Cf. Rogall, ZStW 91 (1979), 43; *idem*, NSTZ 1988, 392: “A existência e os limites das proibições de valoração da prova, bem como seu alcance, não estão definitivamente estabelecidos; ao contrário, só poderão ser verificados com base em uma análise do caso concreto”; JZ 1996, 948 (por ocasião de uma discussão sobre a questão dos efeitos indiretos ou à distância): “Bem se faz ao evitar soluções globais”; da mesma forma, Ambos, Beweisverwertungsverbote, 2010, p. 49: “A decisão ‘correta’ tem que ser tomada caso a caso, logo, é difícil evitar um certo casuísmo”; BGHSt 38, 214 (219).

9 Nesse sentido, Rogall, FS Hanack, 1999, p. 295.

10 Pioneiro sobre a distinção entre as proibições probatórias independentes e dependentes (isto é, vinculadas a uma obtenção de prova ilícita) Rogall, ZStW 91 (1979), 3.

11 Referências correspondentes sob a nota 20.

onipresente, raramente é abordado de forma explícita na discussão, o que a fragiliza substancialmente: no direito processual penal alemão existem várias vias que asseguram a não-incidência da proibição probatória ou, mesmo quando tal incidência ocorra, que o culpado seja igualmente condenado, independentemente da inadmissibilidade de uma valoração de certa prova (*infra* V: neutralização da proibição de valoração probatória). Concluo minhas reflexões com um manifesto favorável ao tratamento alternativo do problema em questão e com uma proposta de reflexão no sentido de indenizar o afetado no caso de violação de determinadas normas.

## 2 O problema central: falta de conexidade entre o vício processual e a proibição de valoração

O ponto de partida de toda argumentação sobre as proibições de valoração da prova é uma ideia aproximada, mais ou menos explícita, sobre a razão pela qual sequer existem as proibições de prova. É assim que também podem ser interpretadas as inúmeras teorias de proibições probatórias, a saber, como tentativas de responder a essa questão fundamental.<sup>12</sup> No parágrafo seguinte, mostrarei como esse esforço está em grande parte fadado ao fracasso; afinal, raramente se encontra um bom fundamento para reagir a um erro processual com a exclusão das provas dele resultantes. E mais: deve ficar claro que isso também é reconhecido em grande medida pelas mais importantes dessas teorias, especificamente a teoria do âmbito de proteção e a teoria da ponderação.

### 2.1 Falta de conexidade em caso de violação a disposições protetivas dos direitos fundamentais

Há sentido em desenvolver uma tese com o auxílio da *teoria do âmbito ou fim de proteção* (*Schutzzwecktheorie*) e seu exemplo clássico, ou seja, do caso do médico residente (BGHSt 24, 125). Aqui, como se sabe, a amostra de sangue havia sido colhida por um residente, e não por um médico, como prescrito em lei, no § 81a StPO (Código de Processo Penal). O *Bundesgerichtshof* (BGH; tribunal equivalente ao STJ brasileiro, N.T.) acabou decidindo pela valorabilidade da amostra de sangue principalmente sob o argumento de que a exigência de um médico teria por finalidade apenas proteger a integridade física ou a saúde do interessado, não tendo qualquer relação com a qualidade das provas obtidas (128 s.), isto é, com o descobrimento da verdade.<sup>13</sup>

12 Um panorama sobre essas teorias, cf. *Roxin/Schünemann* (nota 3), § 24 nm. 21 ss.

13 Porém, com críticas, *Ambos* (nota 5), pp. 58 ss.

Portanto, é significativo que o caso clássico usado para explicar a teoria do âmbito de proteção seja um caso de rejeição de uma proibição probatória. Afinal, o raciocínio manifestado nesse argumento é passível de generalização: especialmente com a tese de que muitas regras do processo penal, que modulam a busca da verdade ou que lhe estabelecem limites, são estranhas à própria busca da verdade. Elas expressam o princípio de que a verdade não pode ser obtida a qualquer preço (de acordo com a sempre citada passagem que se encontra em BGHSt 14, 358 [365]): não ao preço de pôr em risco a integridade física ou a saúde humana, caso não se possa encontrar um médico em nenhum lugar, por exemplo. Os direitos fundamentais devem ser observados também no processo penal (art. 1 III da Lei Fundamental, GG, que vincula todos os três poderes aos direitos fundamentais). Mas, acaso esses limites sejam desrespeitados, não resta plausível por que deveria haver uma proibição de valoração da prova. Afinal, deixar de considerar as provas coletadas não desfaz a violação da norma e não altera em nada o risco à saúde já realizado.<sup>14</sup>

Em outras palavras: *não há uma conexão interna* entre a norma violada, a busca da verdade e, portanto, a proibição probatória.<sup>15</sup>

## 2.2 Continuação: sobre a falta de conexão e sua dubiedade

Esse problema básico é confirmado por três considerações complementares.

a) A primeira se baseia no aumento considerável de hipóteses de intervenção em direitos fundamentais previstas na legislação processual penal. O fortalecimento da reserva da lei no direito público – especialmente, mas não apenas, desde o reconhecimento de um direito fundamental à autodeterminação informacional (BVerfGE 65, 1) – acarretou uma ampla mudança na aparência da StPO, que agora incorpora em grande parte uma lista de normas autorizativas para a intervenção nos direitos fundamentais.<sup>16</sup> Embora essas intervenções ocorram no processo penal com um propósito repressivo, elas permanecem, ao mesmo tempo, *externas* ao

14 Diferentemente, *Störmer*, *Dogmatische Grundlagen der Verwertungsverbote*, 1992, pp. 223 ss.; *idem*, *Jura* 1994, 627 s., com o argumento de que a partir das violações aos direitos fundamentais surgiriam pretensões secundárias (especialmente no sentido de um não-fazer); construção semelhante em *Sauer*, *JZ* 2011, 23 ss. (28 ss.), com o exemplo da proibição da tortura do art. 3 CEDH, entre outros. Entretanto, a valoração da prova em juízo não acarreta uma violação à integridade física (art. 2 II GG), à inviolabilidade do domicílio (art. 13 GG) ora invadido, assim como não configura uma tortura; isso poderia ser diferente apenas em relação ao domicílio, caso o art. 13 GG fosse o fundamento para outros direitos que têm por objeto as informações armazenadas em casa, isto é, dos direitos de controle da informação – uma tese à qual voltaremos adiante em 3. e, depois, em III. 2. b). Igualmente, cf. nota 116 *infra*.

15 Da mesma forma, *Haffke*, *GA* 1973, 65 ss. (77), embora com algum excesso, e *Fezer*, *Grundfragen der Beweisverwertungsverbote*, 1995, p. 16, que também sente falta de uma “ponte essencial” entre a violação da norma que rege a obtenção de provas e a consequência jurídica de uma proibição de valoração.

16 Cf., embora já um pouco ultrapassado, *O. König*, *Die Entwicklung der strafprozessualen Zwangsmaßnahmen im Ermittlungsverfahren seit 1877*, 1991; sobre a evolução da reserva legal e suas implicações jurídico-processuais, cf. também sob III. 2. a).



*processo ou duplamente funcionais*,<sup>17</sup> no sentido de que tais regras estão voltadas em primeiro lugar a proteger adequadamente os direitos fundamentais afetados, ou seja, no sentido de um efeito extraprocessual. Em outras palavras: as normas legais que autorizam uma intervenção nos direitos fundamentais não têm, em princípio, nenhuma vinculação interna com a busca da verdade. Em realidade, elas são outras formas de expressar a ideia de que um determinado preço seria alto demais até mesmo para a obtenção da verdade. Elas consistem, portanto, em limites externos ao descobrimento da verdade. Mas não está nada claro por qual razão as provas obtidas mediante violação dessas regras deveriam ser descartadas.<sup>18</sup>

O que foi dito pode ser especialmente constatado no fato de que as intervenções em direitos fundamentais, mesmo quando previstas na StPO, *independentem em muitos aspectos da condição de investigado ou imputado (Beschuldigter)*. Algumas podem ser impostas a terceiros não investigados (v.g. §§ 81c, 94 ss., 103 StPO – intervenções corporais, apreensão, busca).<sup>19</sup> Mesmo naquelas que afetam apenas o investigado, não haveria modificação de sua gravidade, se elas – em desrespeito à lei – fossem direcionadas apenas contra uma terceira pessoa. Uma vigilância de longo prazo (§ 163f StPO) continua a ser uma intervenção no art. 2 I c/c art. 1 I GG (direito geral de personalidade), independentemente de haver contra a pessoa observada uma suspeita de crime ou a abertura formal de uma investigação criminal.

É precisamente esse grupo de casos, onde ocorre uma violação da regra processual sem que se trate do investigado, que ilustra de forma particularmente marcante o problema da falta de conexão e põe em xeque a ideia da renúncia às provas já obtidas. A proibição probatória não beneficia em nada aquele que não é investigado. E mais: o investigado que seja de fato inocente tampouco será beneficiado. Aquele que, segundo o ditado popular, “não tem nada a esconder”, geralmente não ganhará nada quando as provas não puderem ser valoradas.<sup>20</sup> Ainda

17 Fundamentos sobre essa conceituação em Niese, Doppelfunktionale Prozeßhandlungen, 1950, pp. 57 ss., 107 ss.

18 Com esse sentido já em Niese (nota 14), p. 139; no ponto, houve coerência quando autores da doutrina mais antiga, como Grünwald, JZ 1966, 489 (495 nm. 61) e Dencker, Verwertungsverbote im Strafprozeß, 1977, pp. 22 ss., que queriam abrir espaço para as proibições de provas, se opuseram à categoria de ato duplamente funcional.

19 Em relação à toda a problemática, Eckstein, Ermittlungen zu Lasten Dritter, 2013.

20 Por essa razão, a doutrina majoritária considera as proibições de valoração apenas como proibições direcionadas à acusação: Grünwald, JZ 1966, 490; Rogall, in: Höpfel/Huber (nota 1), p. 144; *idem*, JZ 2008, 830; Roxin/Schäfer/Widmaier, FS Strafrechtsausschuss Bundesrechtsanwaltskammer 2006, pp. 435 ss. (“Mühlenteichtheorie”); Jahn (nota 3), pp. 112 ss.; Eschelbach, SSW-StPO, 2. ed., 2016, § 136 nm. 120 s.; Heghmanns, ZIS 2016, 412; Roxin/Schünemann (nota 3), § 24 nm. 29. Há também uma visão contrária, por exemplo: Küpper, JZ 1990, 418 (para violações do núcleo essencial da vida privada); Löffelmann, Die normativen Grenzen der Wahrheitserforschung im Strafverfahren, 2008, pp. 124 ss. (por conta dos direitos de terceiros que impedem a valoração) e, tal qual o caso de tortura, Ambos, StV 2009, 151, 158; *idem* (nota 5), p. 18 com nota 12; em geral, Seebode, FS Otto, 2007, pp. 999 ss. (1005); cf. também BGH NStZ 2008, 706 (deixando a questão em aberto). Isso significa realmente que provas exculpatórias seriam recusadas para sentenciar conscientemente um inocente como culpado?

que poucas vezes seja dito abertamente:<sup>21</sup> as proibições probatórias, como limites externos ao descobrimento da verdade, *beneficiam primordialmente o culpado*.<sup>22</sup> É um tanto estranho que os direitos fundamentais, que supostamente são a principal preocupação da teoria da proibição probatória (posições jurídicas que, em princípio, independem de culpa ou inocência), somente sejam tutelados por essa teoria quando o titular do direito fundamental é culpado.

b) A segunda confirmação da já afirmada falta de conexão básica entre a norma processual a ser observada e a proibição probatória decorre da *teoria da ponderação*, cuja ideia central é descrita quase com as mesmas palavras em muitas decisões do BGH. Deve-se notar “que a proibição de valoração de um meio de prova restringe um dos princípios essenciais do processo penal, especificamente, aquele que dispõem que o tribunal deve buscar a verdade e, para tanto, estender *ex officio* a instrução probatória a todos os fatos e provas relevantes. Em confronto com esse princípio, a proibição de valoração da prova constitui uma exceção a ser tolerada no caso concreto”.<sup>23</sup>

O uso da terminologia técnica acaba por obscurecer o óbvio. Afinal, é mais fácil postular uma proibição de valoração probatória do que – o que dá no mesmo – defender que um juiz profira um julgamento com fundamentos incompletos, ou, mais claramente: aceitar um julgamento baseado em inverdades.<sup>24</sup> “A não valoração limita claramente os fundamentos que baseiam a apreciação das provas,

21 Cf. as palavras corajosas de Amar, *The Constitution and Criminal Procedure*, Yale, 1997, tal como em pp. 119, 154 ss. (156: “the exclusionary rule rewards the guilty man, and only the guilty man, precisely because he is guilty”), e, com maior frequência, quando descreve a exclusão de provas, por isso mesmo, como uma “upside-down rule” (119).

22 Para evitar mal-entendidos: os culpados também têm direitos fundamentais, inclusive de natureza processual, que devem ser respeitados independentemente de sua culpabilidade (cf. *Greco* [nota 2], pp. 258 s., que também se debruça sobre outras reflexões de Amar, em grande parte questionadoras dessa premissa). O problema consiste em prever uma proteção aos direitos fundamentais que somente faz sentido quando invocada por um culpado (preocupações semelhantes também em BGHSt 24, 239 [240 s.]).

23 BGHSt 27, 355 (357); corroborado por exemplo em BGHSt 35, 32 (34); 37, 30 (32); 40, 211 (217); 42, 372 (377); 44, 243 (249); 51, 285 (290); 54, 69 (87); 58, 84 (96); BGH NStZ 2016, 551 (553); BVerfGE 130, 1 (28); BVerfG NJW 2009, 3225; 2011, 2417 (2419). Em concordância, *Weigend*, ZStW 113 (2001), 281 (289); *Ambos* (nota 5), p. 49; *Radtke*, in: Goldenstein (ed.), *Mehr Gerechtigkeit. Aufbruch zu einem besseren Strafverfahren*, 2011, pp. 131 ss. (135 s.); *idem*, *Liber amicorum Landau*, 2016, pp. 407 ss. (416); *Heghmanns*, ZIS 2016, 409; quanto ao tema, também *Rogall*, JZ 2008, 822 s.; de modo crítico, *Fezer* (nota 12), pp. 29 s.; *Wolter* (nota 3), pp. 966 s., 968, 988 s.; *Jäger*, *Beweisverwertung und Beweisverwertungsverbote im Strafprozess*, 2003, p. 108; SSW-Eschelbach, 2. ed., 2016, § 136 nm. 84; seguramente também MüKo-StPO/Küldlich, 2014, Einl. nm. 464. Que essa relação regra/exceção não caracteriza nenhuma peculiaridade alemã, mostra *Kato*, 67º DJT, vol. II/2, 2008, pp. 87 ss. (relativamente ao Japão).

24 Cf. entre outros *Koriath*, *Über Beweisverbote im Strafprozeß*, 1994, p. 18: “Dilema das proibições probatórias”; *Ambos* (nota 5), p. 24. A proposta de *Jäger* (nota 20), pp. 257 ss., em favor de um arquivamento não é apenas dogmaticamente questionável, mas na verdade o restabelecimento de uma espécie de absolvição de segunda categoria (com críticas, *Roxin/Schünemann* [nota 3], § 24 nm. 28).

criando uma realidade virtual muito além do inevitável”<sup>25</sup>. “If you suppress evidence, you’re suppressing truth”<sup>26</sup>. As proibições de prova são, pelo menos em grande medida, *proibições da verdade*.<sup>27</sup> Isso se associa com o que acabou de ser dito: como o inocente não precisa temer a verdade, a proibição da verdade é principalmente um *imperativo de favorecimento do culpado*.

A corrente predominante, especialmente a teoria da ponderação, poderia aceitar esse quadro, descrito de modo conscientemente enfático e tentar transformá-lo em algo positivo:<sup>28</sup> uma decisão manifestamente equivocada deveria ser tomada porque haveria coisas mais importantes do que decidir corretamente. Que essa relação de prioridade está posta acertadamente, ou seja, que há coisas mais importantes do que a verdade, não deve ser discutido aqui. Para mim basta afirmar que as razões para renunciar à verdade nada têm a ver com a verdade. É por isso que, assim, fica confuso entender por que deveria necessariamente haver uma renúncia à verdade ou uma proibição de prova.

c) A terceira consideração soa menos herética. Ela enfatiza a *natureza acidental da consequência jurídica da proibição de valoração probatória (dependente)*. Comete-se um vício durante a colheita da prova; o que deve resultar disso? O leque de respostas possíveis é bem variado. Além das soluções extremas entre tudo ou nada (arquivamento ou trancamento/ “norma meramente procedimental”), considerem-se as seguintes: proibição de utilização da prova (*Beweisverwendungsverbot*), proibição de valoração da prova (*Beweisverwertungsverbot*) (com/sem efeitos indiretos), corroboração através de outras provas, apreciação minuciosa das provas, propostas de abatimento na dosimetria e/ou execução da pena. Poder-se-ia também assumir uma postura mais otimista e afirmar que esse leque de respostas jurídicas seria a demonstração de uma dogmática diferenciada, também capaz de abranger as zonas cinzentas. Entretanto, só se poderia concordar com isso se tais distinções fossem bem fundamentadas e compreensíveis por si mesmas. Que isso apenas em partes é o caso<sup>29</sup> pode ser demonstrado com um único exemplo, a saber, a falta de instrução sobre o dever de notificação consular previsto no art. 36 1. b)

25 Rogall, in: Höpfel/Huber (nota 1), p. 142

26 Rothwax, Guilty. The Collapse of Criminal Justice, New York, 1996, p. 62.

27 Os intentos de relativização encontrados na doutrina (p. ex. Eisenberg, Beweisrecht der StPO, 10. ed. 2017, nm. 329: “nenhum antagonismo entre proibições probatórias e a investigação da verdade”, também cf. Renzikowski, FS Lampe, 2003, pp. 791 ss. [799 s.]) são pertinentes apenas no caso de algumas proibições probatórias, ou seja, aquelas baseadas em fundamentos epistêmicos (com mais detalhes, *infra* III. 1. a)), e, ainda assim, somente sob certas circunstâncias. A redução da tensão por meio de um conceito “processual” de verdade também não é uma saída, segundo Lesch, FS Volk, 2009, pp. 311 ss. (316 ss.); sobre as críticas ao conceito processual de verdade, Greco (nota 2), pp. 178 ss.

28 Por exemplo, Wohlens, FS Wolter, 2013, p. 1182: “A renúncia a utilizar conhecimentos que já estão factualmente disponíveis ... é uma pedra de toque para o valor que uma cultura jurídica atribui às formalidades protetivas do procedimento”.

29 Assim, não se pode obviamente levar em consideração uma proibição de valoração de prova por uma ofensa à duração razoável do processo.

da Convenção de Viena sobre Relações Consulares.<sup>30</sup> Nisso divergiram até mesmo os diferentes senados do BGH: o 5º Senado considerou as provas valoráveis, mas concedeu um abatimento na execução da pena.<sup>31</sup> O 3º Senado não quis nem sequer tomar conhecimento dessa concessão.<sup>32</sup> O Tribunal Constitucional Federal (BVerfG) anulou a decisão do 5º Senado (não por seu conteúdo, mas por não haver satisfatoriamente levado em consideração a jurisprudência da Corte Internacional de Justiça) e remeteu o caso de volta para o 4º Senado.<sup>33</sup> De tal modo, a proibição de valoração da prova não foi “descartada de antemão”, em que pese não reconhecida no caso; o 4º Senado mostrou-se cético em relação ao abatimento na execução, mas absteve-se de tomar uma decisão definitiva.<sup>34</sup> A questão voltou então ao BVerfG, que considerou suficiente tratar esse vício processual como fundamento relativo para o recurso especial (*relativer Revisionsgrund*), no sentido do § 337 StPO (isto é, como violação de lei que torna a sentença reformável, mas apenas se a sentença depender, “*beruhen*”, da violação).<sup>35</sup> Isso confirma que um quadro coerente, não moldado pelo acaso, só poderia ser pintado caso houvesse uma relação intrínseca entre o erro e a consequência do erro.

### 2.3 Proibições probatórias protetivas dos direitos fundamentais: Direitos fundamentais contra o conhecimento alheio

Pode-se resumir o que se desenvolveu até aqui também da seguinte maneira: em regra, as proibições probatórias socorrem o direito fundamental *tarde demais* e apenas *acidentalmente*. Mas isso não seria uma generalização precipitada?

Na verdade, há aqui um importante grupo de exceções. O primeiro grupo de casos em que elas se manifestaram foi durante a reprodução de uma gravação obtida sem o conhecimento da pessoa gravada (BGHSt 14, 358; 34, 39; BVerfGE 34, 238). Hoje, os casos são resolvidos de maneira simples, não somente porque a realização da gravação (§ 201 I Nr. 1 StGB: “gravar”), mas também sua posterior reprodução (§ 201 I Nr. 2: “para tornar acessível a terceiros”) na audiência de instrução e julgamento estão proibidas pelo tipo penal. Mesmo que a disposição “2”

30 De maneira completa, *Pest*, JR 2015, 359 ss. Outro exemplo é o tratamento do caso em que o investigado instruído, apesar de solicitar um defensor, segue sendo questionado e acaba declarando (cf., por um lado, BGHSt 42, 15 [5º Senado Criminal], por outro, BGH [1º Senado Criminal] NSTZ 1996, 452); com críticas, *Herrmann*, NSTZ 1997, 209 (“língua bifurcada” do BGH); cf. posteriormente, BGHSt 58, 301 (3º Senado Criminal), onde a decisão do 1º Senado Criminal não é nem sequer citada.

31 BGHSt 52, 48 (54, 56).

32 BGHSt 52, 110 (118); contrariamente à proposta de abatimento na execução da pena, em *obiter dictum* também BGH 3 StR 97/11, HRRS 2011, n. 756.

33 BVerfGK17, 380 (= NJW 2011, 207), porém sem uma posição quanto à proposta de abatimento na execução da pena.

34 BGH 4 StR 643/10, BeckRS 2011,16904 nm. 17 ss., 28.

35 BVerfG NJW 2014, 532 (533 s.). (A Revisão (*Revision*) é um recurso extraordinário, direcionado ao BGH, equivalendo-se no Brasil, em certa medida, ao Recurso Especial perante o STJ [N.T.]).

não existisse,<sup>36</sup> o tornar acessível poderia ser compreendido como uma nova violação do direito à própria palavra, enquanto componente do direito geral de personalidade,<sup>37</sup> de modo que haveria uma razão *prima facie* para que a prova não fosse obtida em audiência. Nesse caso, a valoração não seria indiferente aos direitos fundamentais, mas representaria uma intervenção adicional, até mesmo autônoma, nesses direitos. A mesma situação existiria quando se desconsidera o espaço nuclear da vida privada:<sup>38</sup> de fato, aqui é apropriada uma proibição de valoração pelos mesmos motivos (§ 100d II StPO), pois o sentido do reconhecimento de uma esfera privada é privar outras pessoas de certas informações.

Irei generalizar a ideia que se torna visível a partir desses exemplos: existem *direitos fundamentais* cujo escopo de proteção é dirigido precisamente *contra o conhecimento de terceiros*, não só contra a aquisição, mas também contra a transmissão e uso desse conhecimento. Algumas dimensões do direito geral de personalidade têm precisamente esse sentido protetivo; tanto que o art. 10 GG dispõe exaustivamente a esse respeito. Se outros direitos como esse existem, é uma pergunta que aqui ainda fica em aberto. De toda sorte, as proibições probatórias – muitas vezes, mesmo sob a forma mais rígida das chamadas proibições de utilização<sup>39</sup> – podem surgir diretamente desses *direitos fundamentais relacionados ao conhecimento ou à informação*. Eis aí exatamente a essência da teoria dos direitos de controle informacional, à qual voltaremos adiante no item III. 2. b). Esse raciocínio, entretanto, não é aplicável para os direitos fundamentais não relacionados à informação. Nesse caso, como dito, a proibição de provas chega tarde demais e apenas por acidente.<sup>40</sup>

## 2.4 Primeira conclusão intermediária

Não se vislumbra por que de um vício processual na origem de um meio de prova tem de derivar uma proibição de valorar esse meio de prova. Isso é particularmente obscuro se o vício deriva da inobservância de uma norma (extraprocessualmente) voltada a tutelar os direitos fundamentais. A situação só se apresenta distinta em relação aos direitos fundamentais contra o conhecimento alheio, tal

<sup>36</sup> Essa era a situação na época da BGHSt 14, 358.

<sup>37</sup> BGHSt 14, 358 (363 s.).

<sup>38</sup> Mais recentemente BGHSt 57, 71 – sobre o monólogo em um veículo automotor.

<sup>39</sup> Essas proíbem não só a sua valoração durante a instrução processual, mas qualquer uso, inclusive como elemento indiciário, cf. mais detalhes *infra* V.; sobre o conceito de proibição de utilização, também *Singelstein*, ZStW 120 (2008), 854 ss. (865 ss.); *Löffelmann* (nota 17), pp. 49 ss., 208 ss.; *Roxin/Schünemann* (nota 3), § 24 nm. 63; *Eisenberg* (nota 24), nm. 335, 358 ss.; *Reinbacher/Werkmeister*, ZStW 130 (2018), no prelo; e com base na proibição de utilização decorrente do § 393 II AO (Código Tributário), *Rogall*, FS Kohlmann, 2003, pp. 465 ss. (482 ss.). Para um exemplo mais recente, BGHSt 58, 84 (92 ss.).

<sup>40</sup> Se alguém argumentasse que a proteção dos direitos fundamentais aqui é, em última instância, institucional – a proibição de provas poderia até vir tarde demais para o investigado, mas ainda a tempo para o resto da população, cujos direitos fundamentais também devem ser considerados – então, se estaria defendendo, na realidade, uma abordagem disciplinar, tratada em IV *infra*.

como em certos aspectos do direito geral de personalidade ou do sigilo das telecomunicações (art. 10 GG).

### 3 À busca da conexidade

O fato de que sentimos falta em geral de uma relação intrínseca entre as regras processuais e o descobrimento da verdade não significa necessariamente que ela não possa existir. Nem todas as regras processuais precisam ser duplamente funcionais, no sentido de servir primariamente à proteção de um direito fundamental, cuja existência e dever de observância independem do processo. Algumas dessas regras podem ter uma relação mais próxima com o descobrimento da verdade (*infra* 1). Além disso, poder-se-ia tentar estabelecer uma conexão em um plano teórico por meio de outro argumento, que poderia emergir especialmente do contexto da discussão sobre as diversas teorias de proibições probatórias (*infra* 2.).

#### 3.1 Conexão por meio de regras processuais

##### a) Proibições de obtenção de provas baseadas em fundamentos epistêmicos

aa) Especialmente a doutrina mais antiga, que ainda via a figura das proibições probatórias como um corpo estranho ao modelo processual guiado pela verdade e pela justiça,<sup>41</sup> ocasionalmente se esforçou em favor de uma interpretação funcional ou consequencialista dessas proibições, no sentido de que, sim, elas se destinariam ao descobrimento da verdade. Nas palavras de Eberhard Schmidt: “Todas as medidas coercitivas, enquanto regras processuais, têm antes de tudo a função processual de prescrever de forma vinculativa os caminhos para o descobrimento judicial da verdade, que são autorizados no Estado de direito e necessários com base na experiência forense”.<sup>42</sup> Sua argumentação sobre o § 55 StPO (que permite à testemunha negar resposta a pergunta que coloque a ela ou a parente em situação de risco de perseguição) era paradigmática: essa disposição se basearia no perigo de que a “testemunha caísse numa forte tentação de testemunhar falsamente”;<sup>43</sup> razão pela qual a prova não poderia ser valorada no caso de a testemunha declarar sem ser previamente esclarecida sobre esse direito, previsto no § 55 II StPO (ao contrário do decidido em BGHSt 1, 39; 11, 213, que entende que o dispo-

41 Nesse sentido, como se sabe, sobretudo *Eb. Schmidt*, Lehrkommentar zur StPO und zum GVG, Parte I, 2. ed., 1964, nm. 20, 23, 329; outras referências de representantes dessa opinião em *Greco* (nota 2), p. 237 nm. 861.

42 *Eb. Schmidt*, MDR 1970, 461 ss. (464) – itálico nosso.

43 *Eb. Schmidt*, JZ 1958, 599 ss. (também sobre o direito de recusa de depor dos §§ 52 ss. StPO com impressionante dedução histórica); *idem*, Deutsches Strafprozessrecht. Ein Kolleg, 1967, nm. 144; *Niese*, JZ 1953, 219 (223; sobre todos os direitos dos §§ 52 ss. StPO); *Rudolph*, MDR 1970, 93 (98); *Chao*, Einwirkungen der Grundrechte auf die Beweisverbote im Strafprozessrecht, 2009, p. 92; *Roxin/Schünemann* (nota 3), § 24 nm. 48; em parte também *Jahn* (nota 3), p. 73: “um meio de prova especialmente pouco confiável”; assim como *Ambos* (fn. 5), p. 57; em sentido contrário, BGHSt 11, 213 (215) e *Schroth*, JuS 1998, 969 (972).

sitivo atine à esfera jurídica da testemunha e não à esfera do imputado).<sup>44</sup> Schmidt argumentava de forma idêntica com relação à já discutida coleta de amostras de sangue por um residente: “o legislador obviamente só considera como evidência fiável, em geral, a amostra de sangue que seja obtida por um médico...”<sup>45</sup>

Pode-se formular o raciocínio da seguinte maneira: a tese que acaba de ser apresentada – que a exclusão da prova é a exclusão da verdade – não é acertada em pelo menos um ponto. Existem provas que são pouco fiáveis e que podem conduzir a busca da verdade a uma direção equivocada e, portanto, turvá-la desde o início. Por isso, saber também pode ser prejudicial à verdade. Essa psicologia do senso comum justificou em partes o modelo de audiência de instrução e julgamento do século XIX; pública, oral e perante um júri. Os jurados não deveriam conhecer o conteúdo do procedimento investigatório escrito, secreto e, consequentemente, pouco confiável, de maneira que somente sob esse “espírito virgem”<sup>46</sup> da ignorância<sup>47</sup> teriam condições de julgar a verdade material da acusação. O chamado efeito-perseverança, identificado empiricamente sobretudo por Schünemann, confirma essa constatação teórica do senso comum,<sup>48</sup> que a psicologia moderna também identifica em vários outros grupos de casos.<sup>49</sup>

bb) Não se pode questionar esse raciocínio; apenas o seu alcance é incerto. É razoável pensar que a falta de conhecimento pode ser útil para quem busca a verdade, e que certas regras do processo penal estão baseadas nessa ideia, tornando-se possível descrevê-las como *proibições de obtenção de prova baseadas em razões epistêmicas*.<sup>50</sup> Ocorre que não há clareza sobre quais exatamente seriam essas regras.<sup>51</sup>

44 *Eb. Schmidt*, JZ 1958, 601; *Rudolph*, *Roxin/Schünemann, Jahn e Ambos*, como na última nota.

45 *Eb. Schmidt*, MDR 1970, 464.

46 Tomo a expressão (*virgin mind*) de *Damaska*, *The Faces of Justice and State Authority*, Yale, 1986, p. 137, mas deveria ser possível comprová-la em muitos posicionamentos anteriores.

47 Em relação à audiência oral de instrução e julgamento, como a melhor forma de garantir a verdade material e a justiça, especificamente *Leue*, *Der mündliche, öffentliche Anklage-Prozeß und der geheime schriftliche Untersuchungsprozess in Deutschland*, 1840, p. 13; *Hepp*, *Anklageschaft, Oeffentlichkeit und Mündlichkeit des Strafverfahrens*, 1842, pp. 90 s.; *Mittermaier*, *Die Mündlichkeit, das Anklageprinzip, die Oeffentlichkeit und das Geschworenengericht*, 1845, pp. 253, 281; *Glaser*, *Zur Reform des Strafprocesses*, in: *Gesammelte kleinere Schriften über Strafrecht, Civil- und Strafprocess*, vol. 2, 1868, pp. 81 ss. (98, 115 s.).

48 *Schünemann*, GA 1978, 171 (ainda sem a proposta de privar os autos do conhecimento do juiz); *idem* in: *Kerner et al* (eds.), *Deutsche Forschungen zur Kriminalitätsentstehung und Kriminalitätskontrolle*, 1983, p. 1109 (1145 ss.); *idem*, FS Pfeiffer, 1988, pp. 461 ss. (477 s.); *idem*, StV 2000, 159 (163 s.); *idem*, ZStW 114 (2002), 1 (51 ss.); *idem*, FS Wolter, 2013, pp. 1115 s.; *idem*, StraFo 2015, 180 s.; *Roxin/Schünemann*, § 1 nm. 16, § 69 nm. 1.

49 Cf. *Kahnemann*, *Thinking, Fast and Slow*, London et al, 2012, pp. 156 ss.

50 Cf. já em *Grünwald*, JZ 1966, 493 ss. Recentemente, *Radtke*, *Liber Amicorum Landau*, 2016, pp. 421 ss. coloca a confiabilidade das informações obtidas no centro de seu modelo de ponderação; cf. também *Amelung*, *Informationsbeherrschungsrecht im Strafprozess*, 1990, pp. 14 ss., que reconhece as proibições probatórias como proteção ao descobrimento da verdade; e *Trüg/Habetha*, *NSStZ* 2008, 482, que veem os §§ 53, 55, 136a e 252 StPO com base em fundamentos epistêmicos; em sentido contrário, porém, *Rogall*, *ZStW* 91 (1979), 16.

51 Assim, *Eb. Schmidt*, como acabamos de ver (nota 42 *supra*), encontrou um fundamento epistêmico até mesmo para o § 81a StPO, de modo, portanto, a inferir de sua violação uma proibição de utilização de provas.

(1) Nessa categoria poderia provavelmente ser incluído todo o complexo de regras com o objetivo de garantir a oralidade,<sup>52</sup> nomeadamente, os §§ 250 ss. e, sobretudo, o § 252 StPO, ao qual o homenageado dedicou importantes reflexões.<sup>53</sup> Mesmo que há quase 100 anos não se tenha mais o tribunal do júri na Alemanha, a audiência de instrução e julgamento pública e oral continua a ter por fundamento, em boa medida, a epistemologia, ou seja, que ela se cuide do melhor (ainda que não o único) meio de encontrar a verdade material.<sup>54</sup> Poder-se-ia denominar este grupo de regras como *proibições de obtenção de prova que protegem a audiência de instrução e julgamento*. A violação de uma dessas regras *pode* conduzir a uma proibição de valoração da prova, por assim dizer, por meio de um argumento de dois níveis (baseado em chamado consequencialismo de regras): mesmo que em um dado caso tal violação viesse a revelar a verdade, o emprego dessa prova significaria, a longo ou até mesmo a médio prazo, uma desvalorização da audiência de instrução e julgamento e, assim, uma ameaça ao descobrimento da verdade em muitos outros processos. Portanto, aqui o descobrimento da verdade não é limitado por fatores externos, mas sim pelo objetivo geral de encontrar a verdade no maior número possível de casos, o que favorece a aceitação de um julgamento específico baseado em inverdades.

(2) Também os direitos do acusado de participar da instrução probatória, em particular, seu direito de estar presente e fazer perguntas, conforme §§ 168c,<sup>55</sup> 168d,<sup>56</sup> 224, 257 StPO, servem (não de forma exclusiva, mas também<sup>57</sup>) ao descobrimento da verdade<sup>58</sup>, de igual modo que possivelmente o direito a confrontar testemunhas (art. 6º III d CEDH).<sup>59</sup> Outrossim, mostra-se óbvia a proibição da prova em

52 Da mesma forma, *Amelung* (nota 47), p. 15, que extrai proibições probatórias da violação dessas disposições a fim de proteger o descobrimento da verdade; *idem*, GS Schlüchter, 2002, pp. 417 s. (420 s.); assim como *Pelz*, Beweisverwertungsverbote und hypothetische Ermittlungsverläufe, 1993, pp. 120 s.; de modo parcialmente distinto, *Grünwald*, JZ 1966, 493 s. Isso não significa que a proteção do descobrimento da verdade seja o único fundamento dessas disposições.

53 *Rogall*, FS Otto, 2007, pp. 973 ss.; no sentido de uma fundamentação epistêmica (pelo menos parcial) do § 252 StPO, *Wetzel*, Jura 2017, 1024 (1033). O mencionado dispositivo dispõe que, caso se tenha colhido, em fase de inquérito, o depoimento de testemunha autorizada a recusar testemunho, e essa testemunha decide, em fase de audiência, exercer o seu direito a recusa, é vedado interrogar o agente estatal que colheu o depoimento em fase de inquérito.

54 Para além das referências da doutrina processual penal clássica da nota 44 *supra*, cf. BVerfGE 86, 288 (318): audiência de instrução e julgamento como “a maior garantia possível para a investigação da verdade”; *Schünemann*, GA 1978, 161, 164 s.; *Radtke*, in: Goldenstein (nota 20), p. 145; *Duttge*, ZStW 115 (2003), 539 (558).

55 *Schroth*, JuS 1998, 974 s.; *Lesch*, FS Volk, 2009, p. 315; *Eisenberg* (nota 24), nm. 383; especificamente para a ofensa ao dever de notificação do § 168c V StPO, com a consequência de uma proibição de provas, BGHSt 26, 232; BGH NStZ 1989, 282.

56 *Schroth*, JuS 1998, 974 s.

57 Por trás dessas disposições ainda existe a garantia do direito de ser ouvido (assim, BGHSt 26, 332 [335], em relação ao § 168c StPO), que também sustenta a consequência jurídica de uma proibição probatória, cf. b) ee) *infra*.

58 *Grünwald*, JZ 1996, 493 ss.; *Amelung*, FS Bemann, 1997, pp. 505 ss. (514 ss.); *idem*, GS Schlüchter, 2002, p. 418; *idem*, FS Hilger, 2003, pp. 327 ss. (328 s.).

59 De maneira distinta, vale dizer, no sentido de uma solução na valoração das provas, BGHSt 46, 93 (103 ss.; com críticas, *Gleß*, NJW 2001, 3606); para uma classificação epistêmica do direito de confrontação e uma proibição



caso de ofensa a essas *normas garantidoras de participação*: pois um meio de prova que se revele como um ato interna corporis do Estado e de seus órgãos é altamente questionável em virtude de sua unilateralidade.

cc) Não afirmei que nesses casos uma proibição probatória será cogente. Isso se deve a duas considerações, uma de ordem teórico-argumentativa e outra relativa à estrutura do processo. A primeira, relacionada ao primeiro grupo, ou seja, às regras que asseguram o bom funcionamento da audiência de instrução e julgamento, diz respeito à *instabilidade das argumentações em dois níveis*, o que costuma ser objeto de discussões filosóficas sobre o consequencialismo de regras.<sup>60</sup> O que acontece quando a inobservância da regra em um caso for capaz de promover concretamente o efeito positivo que as regras devem incentivar? Aquele que argumenta em dois níveis enfrenta aqui o dilema entre apegar-se à regra (inútil, até mesmo prejudicial) e, desse modo, sujeitar-se à acusação de que nutre um fetiche à regra; ou abandoná-la, isto é, desistindo sobretudo das regras gerais (caindo, assim, novamente em um ato ou ação consequencialista).

O outro problema relacionado à estrutura processual diz mais respeito ao segundo grupo, a saber, às regras de participação e, em geral, também ao raciocínio de Schmidt: no processo penal reformado, a credibilidade das provas não deve ser determinada antecipadamente pelo legislador, mas somente no âmbito da *apreciação judicial das provas*.<sup>61</sup> A postulação de uma proibição probatória que não serve para proteger a instrução e o julgamento, mas que, ao contrário, retira-lhe o conteúdo, ou seja, esvazia o seu “conjunto” (§ 261 StPO: “O juízo decide sobre o resultado da produção da prova segundo sua convicção, livremente construída a partir do conjunto da audiência”), é em princípio problemática. A audiência de instrução e julgamento é o foro adequado para determinar o valor de verdade de uma prova, o que não pode ser aferido segundo regras gerais, mas somente em cotejo com os outros meios de prova. Portanto, é no mínimo duvidoso que as proibições de provas dos §§ 55 ou 136a StPO (o segundo dispositivo enumera meios proibidos de interrogatório, como a coação ou a fraude) sejam aceitas com base em fundamentos epistêmicos; essa classificação, no entanto, talvez forneça a melhor, ou, em verdade, a menos pior justificativa para essas proibições de prova (mais detalhes *infra* b] e IV.).

b) *Violação das regras de conformidade processual ou de justiça processual ou do processo equitativo*

de provas a esse respeito, Grünwald, JZ 1996, 494; Thörnich, ZIS 2017, 37 (41); cf. também as considerações de Weigend, FS Wolter, 2013, pp. 1145 ss. (1163 s.).

60 Referências a respeito dessa discussão, cf. Greco, Lebendiges und Totes in Feuerbachs Straftheorie, 2009, pp. 132 nm. 87.

61 Nesse sentido, Küpper, JZ 1990, 417; Pelz (nota 50), p. 118; Amelung (nota 47), p. 15; *idem*, FG Hilger, 2003, p. 328: “corpo estranho”; *idem*, GS Schlüchter, 2002, p. 420.

aa) Até aqui nos ocupamos de dois grupos de regras: regras que perseguem o fim extraprocessual de garantir os direitos fundamentais, cuja violação não guarda uma relação intrínseca com uma proibição de valoração probatória (com a exceção: direitos fundamentais contra o conhecimento de terceiros); e regras que buscam assegurar o objetivo intraprocessual de descobrimento da verdade, em relação às quais a situação é indiscutivelmente diferente. Talvez existam outros grupos de regras, cujas violações tornem defensável uma proibição probatória. A categoria que poderia agrupar essas regras é a da conformidade processual (*Justizförmigkeit*), que na obra de Eberhard Schmidt<sup>62</sup> designa aquilo que se encontra além das clássicas finalidades processuais-penais da verdade e da justiça e, em muitos manuais recentes, é mencionada como um terceiro fim autônomo do processo penal.<sup>63</sup> Outros falam de regras de justiça processual,<sup>64</sup> e quem desejar um fundamento jurídico-positivo invocará o conceito do processo equitativo (devido processo legal).<sup>65</sup> Em um primeiro momento, o conteúdo dessas regras pode ser descrito negativamente: elas não servem nem para proteger os direitos fundamentais independentes do processo,<sup>66</sup> nem para o descobrimento processual da verdade; logo, não se trata exatamente dos dois grupos de regras descritos *supra* em II. 3. e III. 1. a). Voltando-se a uma descrição positiva: essas regras destinam-se a assegurar a posição do investigado como sujeito do processo, seja lá o que isso signifique. A violação de uma regra que é “destinada a assegurar os fundamentos da posição processual do investigado ou do acusado em processos criminais”<sup>67</sup> é provavelmente uma forte candidata para uma proibição probatória.<sup>68</sup>

bb) Uma definição abstrata parece fácil; tampouco há maior dificuldade em imaginar exemplos paradigmáticos. Não se pode imaginar uma negação mais

62 *Eb. Schmidt*, Lehrkommentar zur Strafprozeßordnung und zum Gerichtsverfassungsgesetz, Parte II, 1. ed. 1957, nm. 12; *idem*, JZ 1958, 597 s.; *idem*, Deutsches Strafprozessrecht. Ein Kolleg, 1967, nm. 5. Aqui, Schmidt não entende a integridade processual como um valor próprio, mas como uma função de verdade e justiça (Lehrkommentar, *ibid.*: “... somente em um processo ‘íntegro’ será possível investigar a verdade e encontrar a justiça”).

63 *Roxin/Schünemann*, Strafverfahrensrecht, § 1 nm. 3 ss., os quais, além dos propósitos clássicos (que são resumidos sob o termo de decisão materialmente correta), consideram a paz jurídica e a regularidade processual como fins do processo; da mesma forma, *Beulke*, Strafprozessrecht, 13. ed. 2016, nm. 3 ss.; *Kühme*, LR-StPO, 27. ed., 2016, Einl. B nm. 51.

64 Cf. especialmente *Neumann*, ZStW 101 (1989), 52; uma discussão mais detalhada a respeito desse termo, com outras referências, em *Greco* (nota 2), 243 ss., 251 ss.

65 Acerca do conteúdo mais preciso desse difuso conceito, sobretudo *Rogall*, SK-StPO, 5. ed., 2016, Vorbemerkungen vor § 133, nm. 101 ss. e *Paeffgen*, SK-StPO, 4. ed. 2012, Art. 6 EMRK nm. 50 ss.; mais brevemente, *Schroeder*, in: Roth (ed.), Europäisierung des Rechts, 2010, pp. 183 ss. (186 ss.); *Frisch* e *Greco*, in: Hilgendorf/Schünemann/Schuster (eds.), Verwirklichung und Bewahrung des Rechtsstaats, 2018, no prelo.

66 Contudo, de maneira diversa, *Neumann*, ZStW 101 (1989), 52 (61, 63).

67 BGHSt 38, 214 (220); 38, 372 (374); 42, 15 (21); 58, 301 (307 nm. 21).

68 Nesse sentido, *Küpper*, JZ 1990, 417: proibições de provas como “manifestações da ideia do processo equitativo no processo penal”; *Heghmanns*, ZfS 2016, 410 s., com proibições de provas fundamentadas num substancial “desvalor do resultado”, o qual deve se basear numa perturbação à paridade de armas ou ao equilíbrio processual; *Jugl*, Fair trial als Grundlage der Beweiserhebung und Beweisverwertung im Strafverfahren, 2016, pp. 67 ss., *vide* também *C. Schneider*, Beweisverbote aus dem Fair-Trial-Prinzip des Art. 6 EMRK, 2013.

cabal ao status do investigado, como sujeito do processo, do que a *tortura*. Entretanto, isso apenas indica que a tortura deve ser proibida, nada podendo ser inferido quanto às consequências jurídicas da inobservância dessa proibição. Pelo contrário, aqui também não há em princípio<sup>69</sup> nenhuma conexão entre a regra que foi violada e a proibição de valoração da prova: isso é evidente também pelo fato (cf. II. 2. *supra*) de que a tortura é proibida não apenas em processos criminais, mas em qualquer caso; que a tortura sofrida por um terceiro é tão reprovável quanto a de um investigado; e que a garantia da proibição de valoração da prova até oferece um conforto principalmente ao culpado, porém deixa o inocente de mãos abanando.

Talvez se argumente que esse raciocínio não considere adequadamente que, ao contrário da violação das normas que autorizam uma intervenção nos direitos fundamentais, aqui se trata de uma negação completa da posição do investigado no processo. Após a tortura, ele se converte em um mero objeto e perde sua condição de sujeito do processo; ou, como diz Amelung, o Estado perde sua legitimidade para punir porque já não mais é capaz de agir como guardião do direito.<sup>70</sup> Se isso de fato for correto (podendo-se aduzir bastante nesse sentido<sup>71</sup>), então a consequência jurídica apropriada não seria uma proibição de provas, mas um chamado *impedimento processual* ou *pressuposto processual negativo*<sup>72</sup> (ou até uma causa de extinção da punibilidade<sup>73</sup>). Afinal, um processo sem um sujeito é um processo desprovido de legitimidade; se o vício não puder mais ser corrigido, ele se alastrará como uma metástase, comprometendo todo o processo e retirando seu sentido como processo legal. Aqui, a proibição de provas atua como uma solução de apaziguamento conveniente e maleável, que atenua o rigor da consequência jurídica realmente necessária.<sup>74</sup>

69 Sobre a possibilidade de que também aqui se argumente epistemicamente, *vide infra* cc).

70 Amelung (nota 47), pp. 20 ss. Porém, Amelung queria extrair daí somente proibições probatórias. *Vide* também Müssig, GA 1999, 119 ss. (126) a ruína da pessoa do investigado.

71 Sobre a “essência” da tortura, Greco, FS Schünemann, 2014, pp. 69 ss. (= O que é tortura?, tradução de E. Viana, in: Greco, As razões do direito penal. Quatro estudos, org.: Viana/Montenegro/Gleizer, Madrid/São Paulo, Marcial Pons, 2019, p. 31 e ss.).

72 No sentido de um impedimento processual para o caso de tortura, também Wolter, SK-StPO (folha solta, 1994), vor § 151 nm. 210; Saliger, ZStW 116 (2004), 32 (61, no caso de “tortura mais severa”); Jahn (nota 3), pp. 104 s.; Seebode, FS Otto, 2007, pp. 1001 ss. “somente” em favor de uma proibição de valoração (embora com efeitos indiretos ou à distância); Ambos (nota 5), pp. 100 s. Já de maneira contrária às propostas de arquivamento, BGHSt 24, 239 (com relação à duração processual excessiva contrária ao Estado de Direito); 32, 345 (350 ss.); 32, 283; 42, 191 (193, com relação à violação do § 136a I StPO); Rogall, ZStW 91 (1979), 1 (44) e, com especial ênfase, *idem*, JZ 2008, 829 (“obviamente incompatível com a lei, completamente inadequada na matéria e constitucionalmente desnecessária” – nesse ponto não posso esperar a concordância do aniversariante).

73 Como I. Roxin tem defendido, há muito tempo, para a provocação de crimes contrária ao Estado de Direito, *vide* mais recentemente FS Neumann, 2017, pp. 1359 ss. (1372 s.).

74 Quer dizer que o caso Daschner-Gäfgen-Metzler deveria ter sido arquivado, ao contrário do que decidido em BVerfG NJW 2005, 656? Somente por causa disso, possivelmente não, pois no caso (em que se tinha ameaça de maus-tratos físicos a pessoa detida) não se cuidava, realmente, de tortura (cf. Greco, FS Schünemann, 2014, p. 81) – e provavelmente nem mesmo sequer de tratamento desumano (assim, contudo, conforme a CEDH [Grande Câmara] NJW 2010, 3145, nm. 108).

cc) Isso significa que o § 136a III 2 StPO, que prevê uma proibição de valorar a prova, é realmente desprovido de fundamento?<sup>75</sup> Segundo o que foi dito, parece natural entender esse dispositivo como uma manifestação de desorientação historicamente condicionada,<sup>76</sup> explicável, por um lado, porque (equivocadamente) não se desejava determinar o arquivamento em casos de tortura e, por outro lado, porque obviamente não se poderia fazê-lo nos casos de maus-tratos, fraude ou cansaço. Uma outra possibilidade seria retornar ao modelo de argumentação de Eberhard Schmidt<sup>77</sup> e interpretar a proibição de certos métodos de interrogatório presente no § 136a I StPO (no mínimo também<sup>78</sup>), como uma regra epistêmica,<sup>79</sup> o que então tornaria superado o problema da falta de conexão.

dd) Contudo, como a argumentação ora desenvolvida pode se relacionar com o *dever de esclarecimento sobre os direitos do investigado, especialmente sobre o direito ao silêncio, previsto no § 136 I 2 StPO*<sup>80</sup> (um dispositivo cujo desatendimento só foi tratado com uma proibição probatória após longa evolução [BGHSt 38, 214],<sup>81</sup> conclusão cuja legitimidade parece não ser hoje posta em xeque por ninguém)? Mesmo que se classifique o dever de esclarecer o investigado como uma regra de justiça processual, no sentido que acaba de ser descrito, poderia ser feita a tentativa de entender a proibição de valoração da prova como uma *compensação pelo prejuízo processual* sofrido pelo investigado que confessa sem que tenha sido informado. Talvez essa ideia possa ser generalizada: as proibições probatórias seriam uma compensação das vantagens adquiridas pelo Estado com a violação das regras do jogo processual; elas serviriam, assim, para restaurar a justiça ou a equidade pro-

75 § 136a StPO. “Métodos proibidos de interrogatório. Proibições de valoração da prova. (1) A liberdade da determinação e da atuação da vontade do imputado não podem ser prejudicadas por maus tratos, cansaço, intervenções corporais, minoração de substâncias, imposição de sofrimento, fraude ou hipnose. Coação só pode ser imposta, na medida em que o permite o direito processual penal. A ameaça de uma medida não permitida segundo esses dispositivos e a promessa de uma vantagem não prevista legalmente são proibidas. (2) Não são permitidas medidas que prejudicam a memória ou a capacidade de conhecimento do imputado. (3) A proibição dos Abs. 1 e 2 vale independentemente de um consentimento do imputado. Declarações que surjam sob violação dessa proibição não podem ser valoradas, nem mesmo se o imputado concordar com a valoração.”

76 Cf. *Eb. Schmidt*, Lehrkommentar (nota 59), § 136a nm. 3; sobre a história do dispositivo, cf. SK-StPO/Rogall, 5. ed. 2016, § 136a nm. 1 ss.

77 Cf. *supra* em nota 40.

78 Afinal, o perigo do descobrimento da verdade poderá, no máximo, fornecer uma justificativa secundária para a reprovação da tortura, cf. *Greco* (nota 57), pp. 131 ss.

79 Assim, de fato, *Jahn* (nota 3), p. 25; *Beulke*, Jura 2008, 666 (referente à tortura); *Ambos* (nota 5), p. 26; *idem*, StV 2009, 151, 158 (especificamente sobre provas de tortura); *Radtke*, Liber Amicorum Landa, 2016, p. 415; *Eisenberg* (nota 24), § 400a (sobre tortura); similarmente, sobre a Quinta Emenda norte-americana, *Amar* (nota 18), p. 71. No entanto, essa tese encontraria dificuldades no mais tardar com a proibição do engano (cf. *Amelung* [nota 47], p. 15); também cf. *Ranft*, FS Spindel, 1992, pp. 719 ss. (725); *Pelz* (nota 50), p. 118.

80 § 136 StPO. “Primeiro interrogatório. (1) Ao início do primeiro interrogatório, é de esclarecer-se ao imputado sobre o fato que lhe é atribuído e sobre os dispositivos penais possivelmente aplicáveis. É de se lhe apontar que, segundo a lei, ele está livre para prestar declarações sobre a imputação ou para nada declarar sobre a causa, e para, a todo momento, também já antes do interrogatório, de formular perguntas a um advogado de sua escolha. ...”

81 Para mais detalhes sobre esse desenvolvimento, cf. SK-StPO/Rogall, 5. ed. 2016, Vor § 133 nm. 184 ss.

cessual, concretizada sob a forma da paridade de armas. Raciocínio semelhante é utilizado sobretudo para justificar as proibições probatórias em caso de violação às regras de reserva de jurisdição.<sup>82</sup>

Essa ideia, no entanto, é questionável por duas razões.<sup>83</sup> Primeiramente, permanece de todo obscuro por que a compensação deveria ocorrer única e exclusivamente por meio da aceitação de uma decisão baseada em fundamentos inverídicos. Proibição de provas, solução na apreciação das provas, abatimentos na dosimetria ou na execução da pena etc. (*vide* II. 2. c] *supra*) – todas essas “soluções” são adotadas como uma compensação para os mais diversos ilícitos processuais, sem que se saiba exatamente por que justamente elas.<sup>84</sup> A necessidade de desenvolver uma teoria abrangente das consequências dos vícios processuais foi repetidamente enfatizada pelo homenageado.<sup>85</sup> Uma compensação adequada deve, de alguma forma, estar “relacionada”, ou seja, vinculada ao que deve ser compensado. No entanto, parece ser justamente isso o que falta aqui, caso se compreenda o dever de esclarecer o investigado como uma norma de justiça processual e, portanto, como um obstáculo externo ao descobrimento da verdade.

Em segundo lugar, e agora concretamente em face da regra do § 136 I 2 StPO, é difícil perceber até que ponto a proibição de prova funcionaria como uma boa compensação. Como será explicado em detalhes mais adiante (*infra* V.), o processo penal alemão dispõe de vários mecanismos para evitar que a proibição probatória adquira relevância para o resultado do feito.

Quer dizer, assim, que defendo a tese – não apenas herética, mas escandalosa – de que a decisão BGHSt 38, 214 estava errada? Eu ainda hesito ante esse escândalo. O fato, entretanto, é que depois do que foi dito até agora, não sabemos exatamente por que essa conclusão seria correta. Uma saída poderia ser, de repente, classificar a regra que estabelece o *dever de esclarecimento como (pelo menos também) baseada em razões epistêmicas*:<sup>86</sup> a regra se basearia na experiência de que pessoas que erroneamente presumem a existência de um dever de declarar estariam especialmente propensas a confessar fatos que, na realidade, não praticaram. Talvez esse juízo de experiência esteja parcialmente correto; no entanto, pode-se duvidar de sua suficiência para sustentar uma regra geral de experiência que também reflita a convicção com que defendemos a conclusão de que a aqui deve incidir uma proibição probatória. Intuitivamente, parece bem mais lógica uma interpretação

82 Cf. BGHSt 51, 285 (291 nm. 23; “... porque o Estado ... não deve se beneficiar de intervenções sem base legal ...”); Roxin, NStZ 2007, 616 (617); Ambos (nota 5), p. 59; Hüls, ZIS 2009, 164 (entre outros argumentos).

83 Deixando de lado a inadequada metáfora do jogo (Greco [nota 2], pp. 245 ss.), já que provavelmente seria possível formular o argumento sem ela.

84 Cf. *supra* II. 2. c) e, também, Greco (nota 62).

85 Mais recentemente, Rogall, JZ 2008, 829.

86 Tal classificação também é encontrada em SSW-StPO/Eschelbach, 2. ed., 2016, § 136 nm. 87, 90.

alternativa, que enxerga no dever de esclarecer uma complementação ao princípio de que a verdade não pode ser obtida a qualquer preço – com o efeito de que uma eventual proibição probatória, quando muito, não poderia ser extraída da natureza da norma sobre o dever de instrução, mas sim de outras reflexões (como a ideia de disciplinamento, mais a respeito *infra* IV.]).

ee) Pode-se fazer aqui uma concessão somente para um grupo das normas de justiça processual: a saber, aquelas que estão relacionadas ao *direito de ser ouvido* (ou contraditório, art. 103 I GG: “*rechtliches Gehör*”), que assim coincide em grande parte com o grupo – mencionado acima em a) bb) (2) – das normas que possibilitam a participação. O direito de ser ouvido proíbe que decisões judiciais sejam baseadas em razões sobre as quais as partes não puderam se manifestar previamente<sup>87</sup> e, dessa forma, implica igualmente em uma limitação no uso de certas provas, ou seja, uma proibição de que certas provas sejam invocadas.

### c) Segunda conclusão intermediária

Há um grupo de regras processuais, cujas violações compreensivelmente acarretam uma proibição de valoração da prova: trata-se das regras que têm o objetivo de garantir o sucesso no descobrimento da verdade (*regras de fundamento epistêmico*). Contudo, há dúvidas sobre quais regras estariam aí abrangidas. Nesse grupo se inserem, pelo menos, a área que marca a separação entre a audiência de instrução e julgamento e o procedimento investigatório, assim como as regras relacionadas à participação do acusado no descobrimento da verdade (direito de estar presente e fazer perguntas) e, além deles, provavelmente também o § 136a I StPO.

De toda sorte, permanece sem resposta por qual razão as violações às *regras de justiça processual* deveriam originar proibições probatórias. Violações graves a ponto de afetar a legitimidade do processo como um todo (exemplo típico: tortura) não deveriam resultar numa simples proibição de provas, mas no trancamento do processo. No caso de violação de outras regras, especialmente a do dever de esclarecer, consoante o § 136 I 2 StPO, não se sabe ainda, em realidade, o que se aplicaria. Somente as regras processuais que garantem o direito de ser ouvido permitem deduzir de forma cogente uma proibição probatória.

## 3.2 Conexidade através de teoria

Além disso, pode-se tentar estabelecer a conexão interna entre a violação de uma regra e o descobrimento da verdade, não mais a partir de reflexões sobre a natureza da regra, mas sim de maneira teórica; ou seja, por meio da introdução

87 Cf. por exemplo *Remmert*, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz-Kommentar, 81º EL September 2017, Art. 103 I nm. 76: “toda a matéria processual” como ponto de referência do direito de ser ouvido.

de premissas complementares que tornem compreensível a razão pela qual a fonte de informação num caso concreto deva ser descartada. Duas construções desse tipo são encontradas particularmente na doutrina; por um lado, a teoria das faculdades probatórias (*Beweisbefugnislehre*), notadamente de Sydow e Dallmeyer, que interpreta a busca da verdade no processo penal como uma invasão aos direitos fundamentais; por outro lado, a teoria dos direitos de controle sobre a informação (*Lehre von den Informationenbeherrschungsrechten*), desenvolvida por Amelung.

*a) A teoria das faculdades probatórias ou teoria autorizativa da prova*

aa) Sydow,<sup>88</sup> Dallmeyer,<sup>89</sup> Singelstein<sup>90</sup> e também Eschelbach<sup>91</sup> propõem virar ao avesso o entendimento jurisprudencial, o qual considera a busca da verdade e a valoração das provas como obviedades do processo penal e, conseqüentemente, a proibição probatória como exceção (ver II. *supra*). Toda obtenção e valoração de prova implicaria uma intervenção em direitos fundamentais, o que tornaria necessária uma base legal.<sup>92</sup> Assim, a violação de uma norma de obtenção de provas significa que a prova foi obtida sem fundamento legal e que, por isso, não poderia ser valorada.<sup>93</sup> Isso resultaria, pois, em um automatismo na aplicação das proibições probatórias, como outrora adotado na jurisprudência e na doutrina.<sup>94</sup> Caso a alegada intervenção diga respeito ao *direito à autodeterminação informacional*,<sup>95</sup> então a conexão pode ser efetivamente explicada com maior coerência: pois esse direito também se dirige especialmente contra o conhecimento alheio (*supra*

88 Sydow, Kritik der Lehre von den Beweisverboten, 1976, pp. 5 ss.; próximo, Koriath (nota 21), pp. 27 ss., 61 ss., 105.

89 Dallmeyer, Beweisführung im Strengbeweisverfahren, 2. ed., 2008, pp. 32 ss., 43 ss., 44 ss., 56, 91 ss.; Jahn/Dallmeyer, NSTZ 2005, 297 ss. (303 ss.).

90 Singelstein, FS Eisenberg, 2009, pp. 643 ss. (645 ss., 652 ss.); *idem*, in: Barton/Kölbl/Lindemann (eds.), Wider die wildwüchsige Entwicklung des Ermittlungsverfahrens, 2015, pp. 251 ss. (257 ss.).

91 Eschelbach, SSW-StPO, 2. ed., 2016, § 136 nm. 90 ss.

92 Estas premissas também são compartilhadas por Jahn (nota 3), pp. 66 ss.; *idem*, StraFo 2011, 117 (125 ss.), que também descreve sua concepção como uma teoria das faculdades probatórias. Entretanto, existem diferenças consideráveis entre os autores discutidos no texto: para Jahn, o fundamento que autoriza a valoração da prova não é a norma que regula a sua obtenção, mas o § 244 II StPO, que prevê o princípio instrutório (Jahn [nota 3], pp. 68 ss.; *idem*, FS Stöckel, 2010, pp. 270 ss.; anteriormente já em Störmer, Jura 1994, 393 ss. [398]; Müssig, GA 1999, 124); portanto, segundo Jahn, as provas ilegais podem ser valoradas, desde que isso não se mostre desproporcional e não contradiga a essência dos direitos fundamentais (Jahn [nota 3], pp. 71 ss.). Assim, ele constrói um resultado diferente da teoria da ponderação apenas em aspectos secundários, embora a tenha criticado duramente (crítica semelhante em Rogall, JZ 2008, 821; Hüls, ZIS 2009, 162; MüKo-StPO/Kudlich, 2014, Einl. nm. 455; também em Beulke, Jura 2008, 656).

93 Dallmeyer (nota 84), p. 94 passim; SSW-StPO/Eschelbach, 2. ed., 2016, § 136 nm. 90.

94 RGSt 8, 122; 20, 186 (ambos os julgamentos trataram de violações dos §§ 250 ss. StPO, ou seja, de dispositivos baseados em fundamentos epistêmicos para a proteção da audiência de instrução e julgamento, no sentido ora mencionado *supra* em 1. a) bb) (1), de maneira que a afirmação mais genérica, de que “provas legalmente inadmissíveis” não podem ser utilizadas, também pode ser vista como *obiter dictum*); Eb. Schmidt, MDR 1970, 461 (464), com o argumento de que todas as medidas processuais de coerção são baseadas em fundamentos epistêmicos; Spindel, NJW 1966, 1102 (1108).

95 Assim, Dallmeyer (nota 84), pp. 40 ss., 48 ss.; SSW-StPO/Eschelbach, 2. ed., 2016, § 136 nm. 93; Singelstein, FS Eisenberg, 2009, pp. 646 ss.

II. 3.).<sup>96</sup> Restabelecer o direito à autodeterminação sobre as informações significa que a utilização da informação será permitida apenas ao titular, e não ao Estado.

bb) O problema, no entanto, é que essa abordagem não se mostra convincente por várias razões.<sup>97</sup>

(1) Como demonstrou o homenageado em diversos trabalhos importantes sobre o direito à autodeterminação informacional,<sup>98</sup> esse direito – independentemente de seu reconhecimento fático no direito constitucional e no direito de proteção de dados – tem “os pés de barro”.<sup>99</sup> Um “poder do indivíduo de decidir por contra própria sobre a divulgação e utilização de seus dados pessoais”<sup>100</sup> (mesmo que esses dados não sejam privados, pois “em face das condições do processamento automático de dados, inexistem dados ‘irrelevantes’”<sup>101</sup>), não significa nada além do “perigo de criar uma propriedade geral sobre dados”.<sup>102</sup> Informações, especialmente as que se relacionam ao cometimento de crimes, não “pertencem” em princípio a ninguém, mas à história. Elas são “bens públicos”.<sup>103</sup> Escrever a história não pode configurar uma intervenção nos direitos fundamentais.

O direito à autodeterminação informativa, tal qual defendido, pode fazer sentido como uma proteção ao direito geral de personalidade em face de determinados perigos setoriais, especialmente aqueles decorrentes do processamento de dados.<sup>104</sup> Porém, isso sempre dirá respeito ao direito geral de personalidade. Um direito de personalidade do culpado de manter seu crime em segredo, por outro

96 É por isso que *Eschelbach*, SSW-StPO, 2. ed., 2016, § 136 nm. 94 pode compreender a valoração de provas como uma pretensão de afastar as consequências derivadas de uma violação desse direito.

97 Abdico da natural objeção, originada de uma perspectiva prática, de que o automatismo é inaceitável por razões de funcionamento do sistema de justiça criminal, não porque a teoria se sobreporia à prática, mas porque aqui a resistência prática me parece um sinal de deficiências teóricas que vão muito além da rejeição ao automatismo.

98 *Rogall*, GA 1985, 1 (9 ss., 12: “erro lamentável do Tribunal Constitucional Federal”); *idem*, ZStW 103 (1991), 907 (919 ss., 922 ss., 926: “Tal direito não existe”); *idem*, Informationseingriff und Gesetzesvorbehalt im Strafprozess, 1992, pp. 41 ss., 57 s.; em grande parte de acordo, *Duttge*, Der Begriff der Zwangsmaßnahme im Strafprozessrecht, 1995, pp. 36, 78 ss., 186 ss., 191; *idem*, Der Staat 36 (1997), 281 (304 ss., 308); de modo parecido, embora não tão acentuado, *Ernst*, Verarbeitung und Zweckbindung von Informationen im Strafprozess, 1993, pp. 60 s., 65; 191; *Grimm*, JZ 2013, 585 ss. (585 s.). Um aparte: as críticas seguintes não se baseiam em um direito fundamental à segurança ou em opiniões parecidas (como *Pitschas/Aulehner*, NJW 1989, 2353 ss.), mas em uma noção do conceito de direito subjetivo que não pode ser desenvolvida em detalhes aqui. Seu conteúdo mínimo é o de uma certa imunidade, de maneira que algo de que o titular pode ser privado com base no mero interesse de uma outra pessoa não pode configurar um direito subjetivo.

99 *Rogall*, ZStW 103 (1991), 907 (922).

100 BVerfGE 65, 1 (43).

101 BVerfGE 65, 1 (45); 120, 378 (398 s.): sobre a placa de veículo automotor.

102 Desse modo, especialmente *Rogall*, GA 1985, 11; *idem* (nota 93), p. 41; também *Duttge*, Der Staat 36 (1997), 30341.

103 *Sieber*, CR 1995, 100 (111).

104 Decididamente no sentido de que esse direito diz respeito apenas ao processamento automático de dados, *Rogall*, GA 1985, 13 e, acompanhando-o, BGH NJW 1991, 2651; semelhante a *Ernst*, Verarbeitung und Zweckbindung von Informationen im Strafprozess, 1993, pp. 60 s., 65; em sentido diverso, a opinião majoritária, tal como BVerfGE 78, 77 (84 s.); *Schlink*, Der Staat 1986, 233 ss. (248); *Wolter*, GA 1986, 49 ss. (58 ss.); *Grimm*, JZ 2013, 586.



lado, não pode ser invocado nem mesmo como um direito *prima facie*, “fraco”. Tomo a liberdade de apontar de passagem que vozes críticas ao direito de proteção de dados também têm se manifestado sobre o mito fundacional desse ramo jurídico.<sup>105</sup>

(2) Essas reflexões conduzem diretamente à próxima objeção. Pode-se compreender e até elogiar o BVerfG, quando, por meio da postulação de direitos “fracos” (como a liberdade geral de ação, art. 2 I GG,<sup>106</sup> e a autodeterminação informacional), conseguiu estabelecer pontos de apoio constitucionais para acionar o princípio da reserva legal: toda proibição, mesmo a de cavalgar na floresta,<sup>107</sup> é, portanto, uma intervenção que necessita de uma lei; assim como o é o censo populacional<sup>108</sup> e, possivelmente, toda coleta de informações.<sup>109</sup> Mas, se o sentido primário dessas construções for acionar a reserva de lei – já que a barreira adicional da proporcionalidade sempre pode ser superada com alguma dose de boa vontade – então, sua qualidade como direitos fundamentais (individuais) é colocada em xeque.<sup>110</sup> Afinal, a existência de uma lei tem principalmente um significado institucional ou jurídico-objetivo, não individual. Isso também pode ser demonstrado pelo fato de que a intensidade da intervenção nesse “direito fundamental” à autodeterminação informacional dependerá, em regra, do número de pessoas vigiadas (a chamada “difusão do alcance” da intervenção<sup>111</sup>) e de um “efeito intimidatório”<sup>112</sup> sobre a sociedade como um todo. O fato de que por meio dessas construções seja dado ao indivíduo, no curso do processo, o direito de impugnar a ofensa à reserva legal (em última instância, por meio de uma reclamação constitucional) não comprova a existência material de nada além de uma substituição processual. Isso não significa, contudo, que o culpado tenha um direito próprio, individual, contra o esclarecimento de seu crime.

105 Cf., p. ex., *Bull*, Informationelle Selbstbestimmung - Vision oder Illusion?, 2. ed. 2011, com citações, p. 16 nm. 24, 45 ss.; *idem*, Sinn und Unsinn des Datenschutzes, 2015, p. 22; *idem*, JZ 2017, 797 (799 ss., 805 com outras referências); *Ladeur*, DÖV 2009, 45 (49 s.: “direito ao arbítrio”); *Grimm*, JZ 2013, 585. Um pouco longe vai o livro mais popular de *Heller*, *Post-Privacy*, 2011, especialmente pp. 74 ss., na defesa de um adeus à privacidade e à proteção de dados.

106 No chamado acórdão *Elfes*, BVerfGE 6, 32 (36 ss.).

107 BVerfGE 80, 137.

108 BVerfGE 65, 1 (41 ss.).

109 Mais detalhes deste desenvolvimento em *Kloepfer*, JZ 1984, 685 (687 ss.); *Rogall*, ZStW 103 (1991), 907 ss. (nota 93), pp. 1 ss., 14 ss.

110 *Rogall*, GA 1985, 12, sobre autodeterminação informacional: “... direito formal, de conteúdo vazio, que essencialmente só serve para justificar a reserva legal...”; *idem* (nota 93), p. 41; a partir da doutrina de direito público, *Hoffmann-Riem*, AöR 123 (1998), 513 (523 s.); *Ladeur*, DÖV 2009, 54 s. A dimensão jurídico-objetiva da proteção de dados chega até a ser enfatizada por seus principais representantes, *vide* por exemplo *Denninger*, *Kritik* 1985, 215 (220 s.); *Simitis*, NJW 1986, 2975 (2796).

111 Tal qual BVerfGE 115, 320 (354 ss.); BVerfG NJW 2009, 1405 (1407 nm. 29); com críticas, *Ladeur*, DÖV 2009, 53; *Bull*, Informationelle Selbstbestimmung (nota 100), p. 100.

112 BVerfGE 65, 1 (42 – sem usar essa palavra); 113, 29 (46); 115, 320 (354); 120, 378 (402, 430). É verdade que o tribunal regularmente se refere à “liberdade do indivíduo” nas decisões citadas; contudo, isso se aproxima de uma duvidosa proteção dos sentimentos, que seria evitada por meio de uma interpretação jurídico-objetiva.

(3) Mesmo que se encarasse de outra forma, dando razão à teoria das faculdades probatórias, a valoração de uma prova coletada defeituosamente não representaria nada mais do que uma ofensa ao “fraco” direito fundamental à autodeterminação informacional, de modo que bastariam três palavras retificadoras do legislador para transformar o problema em algo irrelevante. Caso o legislador criasse uma base legal geral para a valoração de provas obtidas ilegalmente (que jamais sucumbiria sob o critério da proporcionalidade,<sup>113</sup> especialmente quando essa valoração estivesse de acordo com os parâmetros da teoria da ponderação), ter-se-ia ali a faculdade ou autorização para produzir a prova, exatamente como exigido pela teoria das faculdades probatórias. Tanto quanto se pode perceber, o fato de que até agora os representantes dessa concepção não tenham proposto em nenhum lugar algo como um § 244 IIa ou § 261a StPO<sup>114</sup> pode ser interpretado como um sinal de que o problema esteja noutra lugar.

*b) Direitos de controle da informação*

Pode-se interpretar a teoria dos direitos de controle da informação, que remonta sobretudo a Amelung,<sup>115</sup> não como uma reconstrução do entendimento do BVerfG segundo um método positivista referido ao tribunal constitucional, mas como uma versão esclarecida e autocrítica da concepção ora apresentada. Essa teoria entende a proibição de valoração da prova como a pretensão de eliminar as consequências da violação de certos direitos individuais. Só que esses direitos não seriam um direito “fraco” e genérico à autodeterminação informacional, mas principalmente direitos sobre áreas específicas, correlatas aos direitos “fortes” dos arts. 10 e 13 GG (sigilo das comunicações e da inviolabilidade do domicílio), de onde derivam o direito do parente de recusar testemunho e o direito geral da personalidade.<sup>116</sup>

Essa teoria compartilha a vantagem da última concepção analisada: ela consegue estabelecer perfeitamente a conexidade de que sentimos falta,<sup>117</sup> pois os direitos de controle sobre a informação são direitos contra o conhecimento alheio

<sup>113</sup> Admitido por *Singelstein*, FS Eisenberg, 2009, p. 654.

<sup>114</sup> Ou – caso isso não satisfaça o princípio da determinação legal – de um § 81a IV, um § 53 III StPO etc. Sugestivamente nessa linha, *Singelstein*, FS Eisenberg, 2009, p. 654. Esse seria mais um passo rumo a um excesso de juridificação, que já acomete de maneira substancial o direito de proteção de dados (cf. *Rogall* [nota 93], p. 8, que, acompanhando Kloepfer, já fala de um “êxtase de juridificação”; na literatura mais recente, p. ex., *Kingreen/Kühling*, JZ 2015, 213 ss.; *Bull*, Sinn und Unsinn [nota 100], pp. 55 ss.), que no contexto apresentado não seria nada mais do que um “direito fundamental vazio segundo a forma da lei” (expressão de *Denninger*, KritJ 1985, 215 ss. [216]).

<sup>115</sup> *Amelung* (nota 47), pp. 24 ss., 30 ss.; *idem*, FS Bemmman, 1997, pp. 505 ss.; *idem*, FS Roxin I, 2001, pp. 1259 ss. (1260 ss.); *idem*, GS Schlüchter, 2002, pp. 423 ss.; *idem*, FS Hilger, 2003, pp. 327 ss.; em parte também, *Störmer* (nota 11), pp. 226 ss., 235 – sobre seu ponto de vista também em II *supra*; em proximidade, *Schroth*, JuS 1998, 973, 974; *Eisenberg* (nota 24), nm. 371.

<sup>116</sup> Cf. a lista de direitos de controle da informação em *Amelung* (nota 47), pp. 33 ss.

<sup>117</sup> Esses esforços são explícitos em *Störmer* (nota 11), pp. 205 ss.

(*supra* II. 3), de modo que o remédio coerente para sua violação (para compensar o “desvalor do resultado informacional”)<sup>118</sup> deve ser, entre outras coisas, a renúncia à valoração da informação. Além disso, ela escapa das objeções direcionadas ao enfoque baseado no “direito” à autodeterminação informacional.<sup>119</sup>

Aqui pode ficar em aberto se há algo mais a opor a essa teoria.<sup>120</sup> Em minha opinião, seu problema central está em um ponto raramente abordado pelos críticos: a consideração de que, para além do direito geral de personalidade e do sigilo das telecomunicações (art. 10 GG), seja difícil falar de direitos sobre a informação, ou seja, contra o conhecimento alheio. Inclusive, parece pouco plausível que a inviolabilidade do domicílio (art. 13 GG) cuide de proteção de informação, já que, uma vez conhecidas, elas não mais se encontram no espaço físico da residência.<sup>121</sup> Não fosse assim, então os dispositivos que regulam a apreensão também poderiam intervir no art. 13 GG. Ou, por acaso, o art. 14 GG (direito de propriedade) também deveria conferir um direito contra o conhecimento de terceiros sobre os bens dos proprietários? De toda sorte, não se sabe ao certo onde estariam esses direitos de controle sobre a informação; Amelung oferece muito mais uma lista do que uma teoria para esses direitos.

#### c) Terceira conclusão intermediária

Os intentos da teoria das faculdades probatórias e da teoria dos direitos de controle sobre a informação não são suficientes para explicar, em termos teóricos, por que uma violação de direitos deveria acarretar uma proibição de valoração da prova.

## 4 Renúncia à conexão: disciplinamento

Há, entretanto, um outro caminho: pode-se questionar a necessidade de uma conexão, conforme defendido até agora nesse artigo, entre o vício processual, o descobrimento da verdade e a proibição de provas. Para isso, seria necessário

118 Amelung, FS Bemmman, 1997, p. 508.

119 A objeção de que elas não teriam amparo sem um ponto de amarra com esse direito (assim, Rogall, FS Grünwald, 1999, p. 533; Eisenberg [nota 24], nm. 367a) não atinge com precisão a especial vantagem desse enfoque; cf. a réplica de Amelung, FS Roxin I, 2001, pp. 1265 s.

120 Em especial, Rogall, in: Wolter (nota 1), p. 153; *idem*, StV 1996, 513 (517 s.); *idem*, in: Höpfel/ Huber (nota 1), pp. 139 s.; *idem*, FS Grünwald, 1999, pp. 531 ss.; ver também Pelz (nota 50), pp. 101 ss.; Fezer (nota 12), pp. 35 ss.; Weßlau, StV 1995, 278; Jäger (nota 20), pp. 100 ss.; Beulke, Jura 2008, 656; também a réplica de Amelung, FS Roxin I, 2001, pp. 1263 ss., dirigida principalmente contra as críticas do aniversariante, bem como *idem*, FS Bemmman, 1997, pp. 510 ss.

121 Entretanto, esse não é apenas o caso de Amelung, mas também da decisão BVerfGE 109, 279 (325 s.), quando afirma que o art. 13 da Lei Fundamental é o parâmetro não apenas para a obtenção de informações das residências, mas também para sua utilização. Essa jurisprudência, que interpreta a obtenção e a utilização de informações como uma intervenção no mesmo direito fundamental (por exemplo, BVerfGE 100, 313 [359]; 141, 220 [327], ambos com outras referências), só funciona para os direitos fundamentais relacionados ao conhecimento. Não faz sentido que a utilização de uma amostra de sangue obtida de acordo com o § 81a StPO deva constituir uma nova intervenção no direito à integridade física (art. 2 II 1 da Lei Fundamental); cf. também nota 11 *supra*.

um argumento. E ele tem aparecido reiteradamente na discussão, o que fica bem evidente se nos lembrarmos do § 136 I 2 StPO e da desorientação em que caímos ao refletir sobre esse dispositivo (III. 1. b) *supra*): refiro-me à ideia do disciplinamento.<sup>122</sup>

Ela pode ser reconstruída da seguinte forma: de fato, a exclusão de provas significa aceitar uma decisão baseada em fundamentos falsos. No entanto, o processo penal se importa não apenas com a verdade. O processo penal teria de assegurar que suas regras sejam observadas pelos agentes de persecução penal. Se for permitido que eles colham os frutos de seus erros, enfraqueceremos essas regras ao ponto de praticamente aboli-las. Isso é ainda mais óbvio para o dever de esclarecimento sobre o direito ao silêncio (§ 136 I 2 do StPO): se a confissão obtida sem prévio esclarecimento for valorável, então essa disposição não será mais uma lei de observância obrigatória, mas uma “norma meramente procedimental” (*bloÙe Ordnungsvorschrift*), como denominava a antiga jurisprudência.<sup>123</sup> Poder-se-ia construir argumentos similares para distintas proibições probatórias, especialmente para algumas daquelas previstas em lei (sobretudo § 136a III StPO).<sup>124</sup> Em algumas ocasiões, a jurisprudência tem até se mostrado aberta ao argumento do disciplinamento<sup>125</sup> (especialmente no caso de violações deliberadas ou objetivamente arbitrárias) para justificar a consequência jurídica de uma proibição probatória.<sup>126</sup>

Por mais que essas considerações sejam inicialmente convincentes, elas não resistem a uma reflexão mais detida. A crítica à ideia de disciplinamento é bem conhecida e, portanto, aqui somente será mencionada sucintamente.<sup>127</sup> O proble-

122 Na antiga doutrina alemã, o argumento surge geralmente em opiniões relacionadas a dispositivos específicos, especialmente aos §§ 136a III, também em combinação com o 69 III StPO, cf. *Baumann*, GA 1959, 33 (36, referente ao § 136a parágrafo 3 StPO); *Grünwald*, JZ 1966, 491, 495; em geral, a favor do disciplinamento através das proibições probatórias, *Prittowitz*, StV 1984, 302 (305); *Conen*, FS Eisenberg, 2009, pp. 459 ss.; *Weigend*, ZStW 113 (2001), 281 (290); *Ambos* (nota 5), pp. 19 s.; *Pest*, JR 2015, 367; *Eisenberg* (nota 24), § 363; *Kasiske*, Jura 2017, 16 (17, para violações deliberadas e planejadas).

123 BGHSt 22, 170 (173 ss.); sobre esse conceito, *Rudolph*, MDR 1970, 99 s.; *Bohnert*, NStZ 1982, 5; *Jahn* (nota 3), pp. 42 ss.; *Rogall*, JZ 2008, 823.

124 Cf., além daqueles citados na nota 117, *Ambos* (nota 5), p. 25.

125 BGHSt 51, 285 (293) de acordo com o qual: “... de qualquer forma, violações graves não podem ser deixadas sem sanção”.

126 BGHSt 24, 125 (131); 51, 285; 61, 266 (275 nm. 24); *Ranft*, FS Spendel, 1992, pp. 719 ss. (729, em geral); *Roxin*, NStZ 1989, 376 (379); *idem*, NStZ 2007, 616, 617; *Beulke*, Jura 2008, 658; *Heghmanns*, ZIS 2016, 409 s. (por causa do “desvalor da ação especialmente grave”); com fundamentos divergentes, *Amelung*, NJW 1991, 2533 (2537).

127 BGHSt 32, 345 (356) – não apenas no contexto mais restrito da discussão sobre a proibição de provas; *Dencker* (nota 14), pp. 52 ss.; *Rogall*, ZStW 91 (1979), 15 s.; *idem*, in: *Wolter* (nota 1), p. 149; *idem*, in: *Höpfel/Huber* (nota 1), pp. 131 s.; *Amelung* (nota 47), pp. 17 ss.; *idem*, NJW 1991, 2534; *idem*, FS Roxin I, 2001, p. 1263; *idem*, GS Schlüchter, 2002, p. 422; *idem* (nota 50), pp. 126 ss.; *Koriath* (nota 21), pp. 58 s.; *Jäger* (nota 20), pp. 70 s.; *Jahn* (nota 3), p. 58 (“princípio da incomensurabilidade”); *Chao* (nota 40), 88 s.; *Kubiciel*, GA 2013, 206 ss. (232 s.); *Heghmanns*, ZIS 2016, 405 s. A observação generalizada de que essa teoria só encontra lugar no processo penal norte-americano (por exemplo *Dencker* [nota 14], p. 26; *Roxin/Schünemann* [nota 3], § 24 nm. 27) exacerba as distinções entre os referidos sistemas processuais, ao tempo em que ignora que a verdade é importante para qualquer bom sistema processual penal (*Greco* [nota 2], especialmente pp. 80 s., 181 ss.). Daí porque a ideia de disciplinamento é também criticada, em particular, por autores americanos, tal qual por *Amar* (nota 18), pp.

ma dela está na falta de outra conexão, especificamente, entre a proibição da prova e a medida disciplinar cabível ao agente de persecução penal responsável pelo erro. Nas palavras frequentemente citadas de um crítico norte-americano: “*the criminal is to go free because the constable has blundered*”.<sup>128</sup> Além disso, também é questionável se um determinado policial, promotor ou juiz possuiria interesse em condenar o investigado. Isso somente poderia ser respondido caso a caso, a depender do fervor persecutório da autoridade, o que também significa que é impossível construir qualquer teoria geral sobre esta reflexão. Em particular, ainda segue incerto por que essa medida disciplinar tem de consistir em um favorecimento ao investigado (mais precisamente: ao culpado, cf. II. 2. *supra*), ao invés de em uma imposição de uma sanção diretamente àquele que violou a norma.<sup>129</sup>

## 5 Sobre a neutralização das proibições probatórias no direito processual penal alemão

As proibições probatórias não são – salvo exceções – apenas mal fundamentadas; elas são um remédio demasiadamente fraco para aqueles que têm seus direitos violados. Afinal, no atual direito processual penal alemão, há sinais claros de que a incorporação desse instituto<sup>130</sup> – que só foi inserido na estrutura normativa posteriormente – ainda não está bem resolvida. Com efeito, é praticamente certo que o reconhecimento de uma proibição de valoração probatória não será capaz de fazer muita diferença no resultado final do processo. O processo penal alemão neutraliza sistematicamente as proibições probatórias, não por um, mas por vários mecanismos.

Inicie-se pelo conceito de *valoração* da prova: em princípio, a proibição de *valoração* (*Verwertung*) da prova veda somente a introdução da prova no âmbito do julgamento e, portanto, o seu uso para fundamentar o convencimento judicial.<sup>131</sup> Em regra, permanece inalterada a possibilidade de sua *utilização* (*Verwen-*

27 ss., 138, 157; *Stuntz*, *The Collapse of American Criminal Justice*, Cambridge, Massachusetts/London, 2011, p. 220; *Jacobi*, *Notre Dame LR* 87 (2011), 585 (592 ss.); *Pizzi*, *UCoLLR* 82 (2011), 679 (691 ss.).

128 Voto do *Justice* Cardozo, in: *People v. Defore*, Court of Appeals of New York, 242 N.Y. 13; 150, N.E. 585, 587 (1926).

129 As tentativas mais recentes de absorver essa crítica – dizendo que não se trata mais da disciplina do agente investigador em concreto, mas da salvaguarda institucional de regras do sistema de justiça criminal condizentes com o Estado de direito (*Conen*, FS Eisenberg, 2009, p. 467; *Hüls*, ZIS 2009, 164; *Eisenberg* [nota 24], nm. 368) – transformam a ideia do disciplinamento em uma regra de justiça processual, com o que torna relevante o quanto referido em 1. b) *supra*.

130 Como bem conhecido, *Belting*, *Die Beweisverbote als Grenzen der Wahrheitserforschung im Strafrecht*, 1903; a discussão só começou em 1950, com a inserção do § 136a StPO, e chegou a um primeiro clímax com a 46ª Conferência de Juristas em 1966.

131 Cf. *Rogall*, JZ 2008, 822: “proibições de apreciação ou de consideração das provas”; *Roxin/Schünemann* (nota 3), § 24 nm. 21, 64; *Eisenberg* (nota 24), nm. 356. Sobre a questão, em grande parte não resolvida, do chamado efeito prévio (*Vorwirkung*) das proibições probatórias, p. ex. *MüKo-StPO/Kudlich*, 2014, Einl. nm. 486 s.

ding) como pista criminalística (*Spurenansatz*),<sup>132</sup> em outras palavras: uma confissão obtida com violação ao § 136 I 2 StPO terá valido a pena, por exemplo, se por meio dela puderem ser encontrados objetos incriminatórios no apartamento do imputado. Em particular, a proibição de valorar provas não goza, em princípio, de quaisquer *efeitos indiretos ou à distância (Fernwirkung)*:<sup>133</sup> ou seja, a sentença poderá ser amparada nos objetos encontrados através da busca no apartamento.<sup>134</sup> O meio de prova invalorável pode, até certo ponto, ser objeto de valoração quando se puder cogitar de uma *obtenção hipotética lícita*<sup>135</sup> (descoberta inevitável) ou se o réu deixar de impugná-lo<sup>136</sup> (fundamentadamente<sup>137</sup>). Mesmo quando há uma valoração, o rigoroso regime dos recursos especiais (*Revisionsrecht*), devido ao elevado ônus de impugnação específica (§ 344 II 2 StPO),<sup>138</sup> conduz a uma taxa de sucesso extremamente baixa,<sup>139</sup> impedindo que o erro seja remediado. Além disso, o vício precisa ser comprovado no chamado procedimento probatório livre (*Freibeweisverfahren*),<sup>140</sup> sem que haja a aplicação do princípio *in dubio pro reo*.<sup>141</sup>

Além disso, existem *problemas na estrutura processual*. Os juízes de carreira (diferentemente dos juízes leigos<sup>142</sup>) têm acesso aos autos da investigação e, desse modo, também às provas, cuja valoração é inadmissível. A situação se apresenta de modo distinto no processo penal norte-americano: a incidência da chama-

132 BGH NStZ 1996, 200 (201); *Heghmanns*, ZIS 2016, 404; *Roxin/Schünemann* (nota 3), § 24 nm. 59 s., com outras referências jurisprudenciais.

133 P. ex., BGHSt 27, 355 (358); 51, 1 (7 ss.); 55, 314 (318 ss.); BGH NStZ 1996, 200 (201); diferentemente, OLG Düsseldorf NStZ 2017, 177 (180) com comentários críticos de *Radtke*; pelo menos em parte divergente, *Rogall*, ZStW 91 (1979), 1 (40); *idem*, JZ 1996, 948 s.; *idem*, in: Höpfel/Huber (nota 1), p. 148; *Amelung* (nota 47), pp. 49 ss.; *idem*, FS Bemann, 1997, p. 509; *idem*, FS Roxin I, 2001, p. 1262; *idem*, GS Schlüchter, 2002, pp. 428 s., ainda que não para as proibições de valoração baseadas na garantia do descobrimento da verdade; *Störmer* (nota 11), pp. 239 ss., 254.

134 Com críticas, *Spendel*, NJW 1966, 1105: solução “verdadeiramente rabulista”.

135 BGHSt 24, 125 (130); BGH NStZ 1989, 375 (376); NStZ 2016, 551 (com comentários críticos, *Ha. Schneider*, que corretamente considera a existência de um caso grosseiro de desrespeito). A jurisprudência, entretanto, estabelece um limite em caso de desrespeito deliberado ou grosseiro, mais recentemente BGHSt 61, 266 (276 s. nm. 26); quanto a tudo isso, cf. *Rogall*, NStZ 1998, 385 e também *Jahn/Dallmeyer*, NStZ 2005, 297 ss.; *Trüg/Habetha*, NStZ 2008, 487; *Jäger*, FS Wolter, 2013, 958 ss.; em monografia, *Pelz* (nota 50), passim.

136 BGHSt 38, 214 (225 s.); constantemente ampliada, por exemplo, em BGHSt 42, 15 (22 ss.: inobservância do direito de consultar o advogado de defesa); BGHSt 51, 1 (3: erro no pedido de monitoramento dos meios de telecomunicação); BGHSt 52, 38 (41 ss.: falta de notificação nos termos do art. 36 da Convenção de Viena sobre relações consulares); BGH NStZ 1996, 200 (202); StV 2001, 545; StV 2016, 771; *vide* também BGH NStZ 2017, 602 (603: em consideração à ofensa ao direito de confrontar testemunhas); *vide*, no entanto, BGHSt 61, 266 (negando a solução da impugnação no caso de erros em diligência de busca); BGH StV 2016, 772 (também no caso de violação do § 136a I StPO). Para referências e crítica a essa chamada solução da impugnação, cf. *Roxin/Schünemann* (nota 3), § 24 nm. 34; com críticas, também *Rogall*, JZ 2008, 830.

137 BGHSt 52, 38 (42).

138 A propósito, sobretudo, SK-StPO/*Frisch*, 4. ed. 2014, § 344 nm. 44 ss.

139 Cf. o estudo empírico de *Barton*, StV 2004, 332 ss. (336 ss.) e *Roxin/Schünemann* (nota 3), § 24 nm. 34, os quais também se referem a esse estudo.

140 BGHSt 16, 164 (166 s.); 38, 214 (224); 44, 129 (132 s.); 51, 1 (5); BGH NStZ 1997, 609; NJW 2009, 3589 nm. 11.

141 BGHSt 16, 164 (167); 31, 395 (400); BGH NStZ 1989, 375 (376) com comentários críticos de *Roxin*, *ibid.*, 377 ss. (378); também críticos *Trüg/Habetha*, NStZ 2008, 487, que rememoram a decisão BGH NStZ 1997, 609; *Jahn*, FS Stöckel, 2010, pp. 277 s.; em monografia, *Eder*, Beweisverbote und Beweislast im Strafprozess, 2015.

142 Cf. *Roxin/Schünemann* (nota 3), § 46 nm. 6, com mais referências, a respeito da crítica sobre esse ponto de vista que, assim como antes, segue válido.

da regra de exclusão (*exclusionary rule*) no direito norte-americano é decidida em fase prévia ao processo, na denominada *pre-trial*, ou seja, antes da audiência de instrução e julgamento, de maneira que os juízes responsáveis pelo julgamento nem mesmo tomam conhecimento da existência das provas excluídas.<sup>143</sup> O que é exigido do juiz na Alemanha – a saber, decidir como se ele não tivesse tomado conhecimento das provas proibidas – foi criticado em outros tempos na doutrina alemã como irreal “malabarismo psicológico”, razão pela qual se sugeriu afastar o juiz “contaminado”.<sup>144</sup> No entanto, como se sabe, isso não acontece. Ao contrário, a nova disposição do § 257c IV 3 StPO (que proíbe a valoração da confissão no caso de um acordo frustrado, mas permite ao juiz que ouviu a confissão decidir sobre a matéria) mostra que o legislador, tal qual a jurisprudência anterior,<sup>145</sup> não leva esses perigos a sério.<sup>146</sup>

Como resultado, as proibições de valoração de prova acabam por não ser regras sobre a formação do convencimento, e sim regras sobre a redação de fundamentos decisórios imunes a um recurso. Uma proibição de valoração de prova decorrente da ofensa ao § 136 I 2 StPO significa apenas que aquele que fundamenta a sentença judicial não poderá basear sua convicção na confissão; porém, poderá fundamentá-la nos vestígios do crime descobertos através da busca realizada com base nessa confissão. Caso esses sejam insuficientes – o que raramente será o caso, pois o tribunal poderá valorá-los segundo a sua “convicção livremente construída” (§ 261 StPO) – o tribunal poderá, por conta própria, diligenciar em prol de outras provas (§ 244 II StPO), cuja existência lhe dará um fundamento condenatório seguro em face de eventual reforma.

143 Cf. *Zalman*, *Criminal Procedure. Constitution & Society*, 6. ed. 2010, p. 448; *Amelung* (nota 47), pp. 47 s., com outras referências. Entretanto, o processo penal norte-americano dispõe de seus próprios mecanismos de neutralização, cf. *Greco* (nota 2), pp. 58, 206.

144 *Grünwald*, JZ 1966, 500 s.: “caso típico de parcialidade”; *Dünnebiel*, MDR 1964, 965 (967, nota 27: confirmando § 30 StPO); *Amelung* (nota 47), pp. 47 s.; *Jahn* (nota 3), pp. 98 s. (“outros efeitos de uma proibição de valoração de provas”); *idem*, FS Stöckel, 2010, p. 286; *idem*, StraFo 2011, 121; *Löffelmann* (nota 17), pp. 180 ss., 291 s., com a proposta de uma separação funcional entre o juízo que ordena a colheita da prova (ou seja, competente decidir sobre sua proibição) e o juízo de seu conhecimento; em detalhes, *Lindemann*, in: *Barton/Köbel/Lindemann* (nota 87), pp. 127 ss.; veja também *Küpper*, JZ 1990, 420 e *Eisenberg* (nota 24), nm. 331; a expressão “malabarismos psicológicos” é encontrada em *Eb. Schmidt*, NJW 1968, 1209 (1218), que, no entanto, não vê um grande problema nisso; pois, o mesmo problema também diz respeito ao conhecimento dos autos do procedimento investigatório. De fato, eis uma comprovação de que existem outros problemas fundamentais não resolvidos na estrutura do direito processual penal alemão (cf. *Greco*, GA 2016, 1, 7 ss., com referências na nota 62). Contrário a essa crítica, porém, *Rogall*, ZStW 91 (1979), 43. De pouca valia é a distinção, frequente na filosofia da ciência, entre o contexto de descobrimento e o contexto de justificação (nesse sentido, contudo, *Koriathi* [nota 21], pp. 48 s.), porque o convencimento judicial tem, idealmente, de ser construído apenas com base em provas valoráveis, ou seja, por elas causado. A audiência de instrução e julgamento tem não só que fornecer justificações posteriores, mas também possibilitar a busca da verdade, isto é, o seu descobrimento.

145 BGHSt 42, 191 (193 s.).

146 É difícil acusar o legislador de ingenuidade; uma interpretação otimista seria a de que sua intenção teria sido a de reduzir a carga de trabalho, inclusive às custas da imparcialidade judicial; uma pessimista, a de que ele gostaria de assegurar, por via transversa, a condenação de réus confessos.

Portanto, não é surpreendente que Jahn, interessado no resultado futuro de cinco processos criminais recentes nos quais o BGH anulou as sentenças por ofensa à proibição de valoração de provas, tenha descoberto que apenas um deles terminou em absolvição.<sup>147</sup> Valeria a pena estender a limitada base dessa pesquisa, que considerou apenas as decisões publicadas no repositório oficial entre os volumes 50º e o 55º. Desconheço se existem outros estudos com esse objetivo.<sup>148</sup>

Uma coisa, no entanto, deve ficar clara: em um sistema processual que sabe cada vez mais como neutralizá-las, as proibições de valoração da prova somente poderão desempenhar uma função que não seja a de proteger os direitos do acusado. Elas dão ao defensor fundamentos recursais, à doutrina um campo de reflexão, à jurisprudência dos tribunais superiores a oportunidade de reafirmar seu compromisso com o Estado de Direito e com a integridade do processo, e ao juiz da causa a liberdade de condenar e punir aquele que é verdadeiramente culpado. Porém, o investigado, cujos direitos supostamente estão em jogo, se culpado, será condenado cedo ou tarde com fundamentação mais curta ou extensa. Se ele for inocente, então, em nenhuma hipótese, essa discussão sobre proibições de provas lhe afetará.

## 6 Balanço final; pleito por uma busca de alternativas (tal qual uma solução indenizatória)

1. O resultado é decepcionante. As proibições probatórias, que inicialmente sofrem do problema básico de decorrerem da violação de uma norma que, em princípio, nada tem a ver com o descobrimento da verdade (*supra* II), podem ser justificadas sob certas condições. Isso ocorre sobretudo na lesão aos *direitos que são dirigidos contra o conhecimento alheio* (direito geral de personalidade; sigilo das comunicações) e no caso de *violação das proibições de obtenção de prova baseadas em razões epistêmicas*, isto é, regras de produção probatória que têm o propósito de garantir a confiabilidade do procedimento de obtenção da prova (§ 250 ss. StPO). Para a violação de regras processuais fundamentais (como tortura e, também, o § 136a I StPO), somente o trancamento do processo, em razão de um pressuposto processual negativo, é a consequência jurídica apropriada (diversa, no entanto, é a solução do § 136a III StPO); a situação só é diferente para *regras* que garantem ou constituem o *direito de ser ouvido*. Não sabemos por que uma proibição de valoração

<sup>147</sup> Jahn, StraFo 2011, 117 (118 ss.); s.a. Walter, in: Roth (ed.), Europäisierung des Rechts, 2010, pp. 291 ss. (308).

<sup>148</sup> Cf. OLG Düsseldorf NStZ 2017, 177 (180), que, entretanto, decidiu sobre o mérito do caso de acordo com o § 354 StPO e reconheceu a absolvição (crítico a respeito, Radtke, *ibid.*, 180). Nesse caso, porém, tratava-se de um réu que supostamente sofria de TDAH, dependente da maconha, e que não cultivava as plantas para tráfico, mas sim principalmente para consumo pessoal (“colegas” podiam fumar com ele) – em outras palavras, trata-se de um caso em que a punibilidade em si já se mostra muito questionável.



deve ser extraída do § 136 I 2 StPO; possivelmente porque esse dever de esclarecer esteja justificado (também) epistemologicamente.

Para além dessas três áreas, cuja delimitação está longe de estar clara, as proibições probatórias não são uma boa solução.<sup>149</sup> Elas não podem ser justificadas nem por meio da teoria das faculdades probatórias (III. 2. a] *supra*) nem pela ideia de disciplinamento (IV. *supra*). Pelo contrário, elas seguem um instituto frágil, que para o inocente não oferece nada, e para o culpado, na melhor das hipóteses, apenas atrasa a condenação que fatalmente virá, ainda que com maior esforço.

Caso se considere importante a proibição de valoração de prova – o que se impõe nos três casos mencionados – então, deveria ser defendida a eliminação dos mecanismos de neutralização descritos acima (*supra* V.). Em alguns casos, isso seria possível e até preferível (renunciando à chamada solução da impugnação; afastamento do juiz “contaminado” pelo conhecimento das provas). Contudo, isso não seria, por outro lado, diante dos mecanismos relacionados à ideia de livre apreciação das provas e à orientação do processo penal para os fins da verdade e justiça. Perceba-se, portanto, que em um processo penal em que a verdade é relevante (e se não for assim, não será um bom processo penal)<sup>150</sup>, as proibições probatórias sempre permanecem um corpo estranho (II. 2.).

2. Concluo minhas observações heréticas com um apelo. Todos os esforços que os acadêmicos dedicam ao criar teorias sobre as proibições probatórias e as dificuldades que os profissionais têm para fazer as pazes com esse instituto podem ser um sinal de que devemos pensar em formas alternativas de garantir os direitos dos investigados (especialmente dos inocentes) e a integridade da justiça nos processos. De fato, pode ser que o estado insatisfatório da dogmática das proibições probatórias esteja relacionado à percepção de que elas realmente sejam uma solução ruim, ou seja, que os argumentos aqui desenvolvidos apenas deixam claro aquilo que muitos intuitivamente já sabem.

Por isso, eu defenderia aqui duas alternativas para reflexão, ambas ultrapassando os estreitos limites do direito processual penal.<sup>151</sup>

a) A primeira poderia ser descrita como uma “garantia de justiça através do direito penal material”<sup>152</sup>: a disciplina ou a sanção, se levadas a sério, não podem ser realizadas por meio de uma recompensa ao acusado culpado, mas apenas pela

149 Se a lei as determina (lista, por exemplo, em *Roxin/Schünemann* [nota 3], § 24 nm. 22; *Beulke* [nota 60], nm. 456), é preciso conformar-se com elas, o que não significa necessariamente que sua solução seja boa.

150 Cf. *Greco* (nota 2), pp. 181 ss.

151 Cf. também *Löffelmann*, JR 2009, 10 ss. (12): “Um pouco de criatividade aí não faria mal”.

152 *Roxin/Schünemann* (nota 3), § 24 nm. 51.

punição da autoridade de persecução penal que viola a norma.<sup>153</sup> Isso já é totalmente possível de *lege lata*: as normas de obtenção de prova que protegem os direitos fundamentais são, em grande medida, excludentes de ilicitude relativamente a uma conduta que, em si mesma, configuraria uma infração penal. O assistente médico pratica uma lesão corporal,<sup>154</sup> o policial que, deliberada ou arbitrariamente ignora a reserva de jurisdição, pratica uma invasão de domicílio. No caso de uma provocação, também deveria ser levada em conta a punição do provocador como instigador.<sup>155</sup> Quaisquer erros são, como regra geral<sup>156</sup> e na melhor das hipóteses, erros de proibição (evitáveis). O interrogador, que extrai o segredo de um titular do direito de recusa ao testemunho, também será punível de acordo com os §§ 203, 26 StGB (participação no delito de violação de segredo profissional).<sup>157</sup>

Os problemas desse modelo alternativo são evidentes. Em primeiro lugar, ele é muito incompleto: nem todos os direitos fundamentais que podem ser afetados no processo penal também estarão protegidos pelo direito penal. Além disso, e em especial: mesmo onde essa proteção já esteja prevista de *lege lata*, pode-se contar com déficits em sua aplicação;<sup>158</sup> afinal, fiscais não gostam de fiscalizar a si próprios.

b) Por isso, sugiro principalmente – retomando-se uma sugestão do homenageado<sup>159</sup> – que seja considerada uma *solução indenizatória ou de reparação de danos*,<sup>160</sup> cujos princípios básicos aqui só consigo superficialmente esboçar. Uma indenização seria concedida não só ante a violação de regras autorizativas de intervenção, que protegem os direitos fundamentais, mas também diante de uma ofensa ao direito fundamental ao processo equitativo. O dano seria moral e, desse modo, sua reparação iria além dos limites rígidos que valem para a responsabilidade civil do

153 *Roxin/Schünemann* (nota 3), § 24 nm. 27; *Löffelmann* (nota 17), pp. 172 ss.; *vide* também *Rogall*, in: Höpfel/Huber (nota 1), p. 145: inexistência de proibição de valoração, caso o restabelecimento do direito seja possível por meios extraprocessuais (notadamente por punição ao infrator das regras).

154 *Roxin/Schünemann* (nota 3), § 24 nm. 51.

155 A propósito, *Greco*, *StraFo* 2010, 252 ss. (256 s.); *Roxin/Schünemann* (nota 3), § 37 nm. 8; *Eidam*, *StV* 2016, 129 ss. (131); e *BGH NSTz* 2014, 277 nm. 48.

156 Ainda que nem sempre, cf. *BGHSt* 42, 73, o caso no qual provavelmente poderia estar presente um erro excludente do dolo.

157 É por isso que o homenageado tem razão ao questionar se essa punibilidade não tornaria dispensável a proibição de provas, *Rogall*, *JZ* 1996, 952; sobre as proibições probatórias nesse grupo de casos, *Eisenberg* (nota 24), nm. 377 ss.

158 Relativamente ao problema da seletividade da persecução penal em crimes praticados pelos órgãos do aparelho estatal, cf. *Eisenberg/Köbel*, *Kriminologie*, 7. ed. 2017, § 27 nm. 24 ss. (com referências à chamada “cultura policial”), § 46 nm. 20 ss.

159 *Rogall*, *JZ* 2008, 829; o BGH também deixa em aberto a questão da compensação em uma sentença (reformada, *vide* nota 27 *supra*) e se refere à analogia com a lei de indenização por medidas de persecução penal (StREG) ou com o § 465 II StPO, como possíveis bases legais, *BGHSt* 52, 48 (57 s.) (com críticas, contudo, acerca da compensação financeira de um vício processual). Se as considerações seguintes são de *lege lata* ou *ferenda*, pode-se deixar aqui em aberto; de toda sorte, valeria a pena refletir sobre a viabilidade das analogias sugeridas pelo BGH.

160 *Amar* (nota 18), pp. 41 s., 107 ss., 115 s.

Estado.<sup>161</sup> De toda sorte, ainda carece ser melhor estudado se essa pretensão reparatória deveria ser exercida em um processo de responsabilidade civil do Estado, no próprio processo penal ou em um algum tipo de procedimento incidental, de acordo com o modelo da lei de indenização por medidas de persecução penal (§§ 10, 13StREG – Lei de Indenização por Medidas de Persecução Penal) ou dos §§ 198 ss. da Lei de Organização Judiciária (GVG - *Gerichtsverfassungsgesetz*).

É verdade que a reparação por danos morais sempre estará sob a suspeita da falta de congruência, o que tradicionalmente tem sido reafirmado pela monetização dos direitos que lhe é inerente ou, ainda, por possibilitar a “compra” das violações ao direito.<sup>162</sup> Entretanto, como a possibilidade de ofender direitos impunemente os desvalorizaria ainda mais que sua monetização ou a possibilidade de sua “compra”, a indenização por danos morais pôde consolidar-se, ainda que de uma forma um tanto restrita (cf. § 253 I BGB, Código Civil: reparação “somente nos casos determinados por lei”). Pelo menos aqui a falta de conexão é menor do que aquela verificada entre a violação de uma regra e a proibição probatória.

Acima de tudo, tal alternativa teria a vantagem de levar a sério o correto núcleo da teoria da ponderação defendida pelo homenageado, isto é, de que não se deveria excluir a verdade. Não seria mais necessário recorrer a mecanismos insinceros de neutralização. As naturais preocupações orçamentárias, relacionadas às despesas derivadas de tal sistema, podem ser aliviadas. Por um lado, o Estado pode reservar-se ao direito de regresso contra o agente infrator, ao menos em casos extremos (na linha do art. 34, segunda frase, GG<sup>163</sup>); por outro lado, tampouco o sistema atualmente existente – que ocasionalmente obriga à repetição de longas audiências, cujos resultados finais já são de antemão conhecidos pelas partes – não é exatamente isento de custos.

<sup>161</sup> *Ossenbühl/Cornils*, *Staatshaftungsrecht*, 6. ed. 2013, pp. 111 s.

<sup>162</sup> A esse respeito, *Medicus/Lorenz*, *Schuldrecht AT*, 21. ed. 2015, nm. 673.

<sup>163</sup> De acordo com o art. 34, frase 2, GG, previsto para dolo ou culpa grave, cf. a esse respeito *Ossenbühl/Cornils* (nota 156), pp. 119 ss.; *Maunz/Dürig/Papier*, *Grundgesetz-Kommentar*, 71. EL, 2017, nm. 298 ss.

# UMA ANÁLISE DE REDES CRIMINAIS A PARTIR DA OPERAÇÃO BRABO

AN ANALYSIS OF CRIMINAL NETWORKS FROM OPERATION BRABO

CAMILA CALDEIRA NUNES DIAS<sup>1</sup>

GIOVANNA FERRARI<sup>2</sup>

**RESUMO:** O presente artigo pretendeu analisar a estrutura de rede criminal firmada por integrantes do Primeiro Comando da Capital (PCC) e clãs europeus para o tráfico ilícito de entorpecentes a partir do Porto de Santos/S.P. A análise ocorreu a partir do estudo da denúncia oferecida pelo Ministério Público Federal que teve como base a Operação Brabo, investigação da Polícia Federal que durou cerca de um ano e que conseguiu observar toda a cadeia de comércio ilícito de drogas. Para compreender esse fenômeno nesse caso prático, fez-se uma breve introdução sobre o que seriam as redes criminais e quais seriam suas características mais evidentes e constantes. Constatou-se que a rede criminal estruturada para o tráfico de drogas, que deu origem a Operação Brabo, possui dinâmicas que apontam para a estruturação e conexão entre múltiplas redes, com clara divisão de núcleos com líderes determinados para que toda a operação comercial ilícita ocorresse, utilizando-se de estrutura legal e explorando habilidades específicas de cada um de seus integrantes.

**PALAVRAS-CHAVE:** 1. Redes criminais. 2. Crime organizado. 3. Tráfico de drogas. 4. Brabo. 5. Dinâmicas criminais.

**ABSTRACT:** This article intended to analyze the structure of the criminal network signed by members of the First Command of the Capital (PCC) and European clans for the illicit trafficking of narcotics from the Port of Santos/S.P. The analysis was based on the study of the complaint offered by the Federal Public Prosecutor's Office, which was based on Operation Brabo, an investigation by the Federal Police that lasted about a year and which managed to observe the entire chain of illicit drug trade. In order to understand this phenomenon in this practical case, a brief introduction was made about what cri-

1 Graduada em Ciências Sociais, com mestrado (2005) e doutorado (2011) em Sociologia pela Universidade de São Paulo. Atualmente é Professora Associada da Universidade Federal do ABC (UFABC), docente permanente do Programa de Pós-Graduação em Ciências Humanas e Sociais da UFABC e coordenadora do Grupo de Pesquisa em Segurança, Violência e Justiça - SEVIJU. Atualmente é pesquisadora visitante do IPEA, pesquisadora do CNPq e pesquisadora colaboradora do Núcleo de Estudos da Violência (NEV) da Universidade de São Paulo. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-8389-3830>

2 Mestranda em Ciências Sociais pela Universidade Federal do ABC. Graduada em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUCSP). Pós-graduada em Direito Penal e Processual Penal pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUCSP) e em Direito Penal Econômico pela Universidade de São Paulo (parceria USP-IASP). Advogada criminal. ORCID: <https://orcid.org/0009-0004-5018-4001>

minal networks would be and what their most evident and constant characteristics would be. It was found that the structured criminal network for drug trafficking, which gave rise to Operation Brabo, has dynamics that point to the structuring and connection between multiple networks, with a clear division of nuclei with determined leaders so that the entire illicit commercial operation occurred, using a legal structure and exploring the specific skills of each of its members.

**KEYWORDS:** 1. Criminal networks. 2. Organized crime. 3. Drug trafficking. 4. Brabo. 5. Criminal dynamics.

**SUMÁRIO:** 1 Introdução; 2 Metodologia; 3 Redes criminais – pulverização e conexão global do crime; 4 Tráfico de entorpecentes como principal instrumento de mobilização das redes criminais; 5 Analisando redes criminais a partir da Operação Brabo; 6 Considerações finais

## 1 Introdução

O crescente avanço do comércio de drogas ilícitas exigiu com que as organizações criminais desenvolvessem novas maneiras de se articular pelo mundo para obter cada vez mais lucro, a fim de continuar gerindo toda a sua estrutura.

Não se pode deixar de observar que tais grupos criminais se organizam sempre de acordo com o objetivo a ser atingido, seja para a correta execução de alguma atividade essencial ao grupo, seja para expandir seus mercados ilícitos. Justamente por isso é que consórcios de drogas e redes criminais nascem e se consolidam, permitindo com que a economia ilícita continue se expandindo vertiginosamente a despeito das medidas políticas que visam, supostamente, sua desarticulação.

Nesse sentido, o presente artigo pretende demonstrar as conexões, articulações e a dinâmica das redes criminais por intermédio da análise das práticas descritas numa operação policial. Faremos um estudo de caso utilizando a denúncia oferecida pelo Ministério Público Federal no âmbito da Operação Brabo (uma das maiores operações policiais deflagradas pela Polícia Federal no ano de 2017), por meio da qual pretendemos analisar como ocorre a estruturação da rede a partir de interação dos atores que a compõe, com o foco nas dinâmicas engendradas pelos lugares mais privilegiados e centrais dessas redes, ou seja, através da observação dos atores que estão situados em posições intermediárias do mercado internacional atacadista de cocaína, ao invés de focar nos atores que se situam nas franjas das redes criminais e que atuam no varejo deste mercado.

Em outras palavras, o objetivo do presente trabalho é entender, a partir da análise dos dados e informações que constam na denúncia referida, a forma de funcionamento das organizações criminais na rede de intercâmbio do mercado de drogas, focando nas formas pelas quais essas redes se comunicam por intermédio

do “alto escalão” do grupo, em que os diversos atores coordenam suas atividades e tomam decisões.

Importante considerar as observações das conexões entre diversos grupos e atores individuais para a execução das diversas atividades demandadas, inclusive atores que se posicionam estrategicamente em atividades importantes – lícitas ou ilícitas ou ambas – para a viabilização do mercado ilícito nas suas distintas etapas, desde o acesso ao produto em estado bruto ou refinado, até a sua chegada aos mercados europeus – destino final do caso que aqui estamos analisando – incluindo a logística de transporte, armazenamento, movimentação financeira, de pessoas e dos produtos.

## 2 Metodologia

O presente artigo se utilizará de documento oficial do Ministério Público Federal, qual seja, de denúncia oferecida no bojo da Operação Brabo, justamente com o objetivo de se analisar concretamente como essas redes criminais são criadas, firmadas e expandidas ao longo do tempo e em razão de um objetivo em comum das organizações e grupos criminais envolvidos.

A utilização de processos judiciais criminais para compreensão dessas práticas é de extrema importância, pois possibilita o acesso à formas de comunicação, de atuação junto a atores diversos e os mecanismos de ingresso à posições e lugares estratégicos para o cumprimento das etapas necessárias a sua atuação no mercado ilícito. Não se pode desconsiderar, contudo, que documentos judiciais e policiais servem a outros propósitos que não são acadêmicos, visando a construção de uma acusação formal (denúncia) e de formação e individualização da culpa. É, portanto, reflexo dos processos de criminalização que impulsionam a forma como o Estado trata a questão, isto é, “como se trata de um documento oficial, a questão do poder aparece porque o Estado pode ser considerado o verdadeiro produtor do que está escrito, encobrando a expressão de qualquer grupo social”<sup>3</sup>.

Nesse sentido, a metodologia utilizada no presente artigo será a de pesquisa qualitativa, pois envolve uma multiplicidade de perspectivas e agentes na conformação do significado e das representações dos fenômenos sociais. No estudo de caso aqui proposto, ela implicará uma análise pormenorizada das relações firmadas pelas redes criminais no âmbito da Operação Brabo, através da descrição e análise das conexões entre os diversos atores que participaram da operação.

Dessa maneira, será possível apontar e compreender as formas de interação entre os diferentes grupos criminais narrados na denúncia (peça acusatória formal

3 OLIVEIRA, F.L.; SILVA, V.F. **Processos judiciais como fonte de dados: poder e interpretação**. Sociologias. Porto Alegre, ano 7, n° 13, jan/jun 2005, p. 244-259.

em que há a descrição pormenorizada dos fatos e dos atores envolvidos) apresentada pelo Ministério Público Federal, conseguindo aferir sobre o modo de atuação dos consórcios criminais no tráfico de drogas internacional.

### 3 Redes criminais - pulverização e conexão global do crime

A globalização e o avanço da tecnologia possibilitaram com que novos mecanismos de expansão surgissem para as organizações empresariais, inclusive, as ilegais, promovendo uma maior modernização de suas técnicas de internacionalização e união de forças com outros agentes criminais para alcançar objetivos em comum, tais como menor quantidade de perda de mercadorias e maior exploração das fragilidades estatais.

Isto é, as organizações criminosas passaram a promover certas alianças em determinadas situações para que o tráfico de entorpecentes, sua principal atividade lucrativa, pudesse transcender os limites de seu Estado originário, alcançando um maior público para consumo.

Para que isso ocorra, seus integrantes acabam por firmar “parcerias” com outros agentes de outros grupos criminosos com o intuito de integrem um consórcio de drogas, ou seja, objetivando que os entorpecentes de cada organização possam juntos encontrar o melhor caminho para a sua exportação.

Os consórcios de drogas, dessa maneira, são importantes para os grupos criminosos, pois conseguem pulverizar melhor seus entorpecentes, dividindo-os em mais carregamentos e possibilitando uma perda menor de mercadoria, caso haja apreensão de algum carregamento pelos órgãos de controle de cada país. Nesse pormenor, inclusive, é que muitas associações entre grupos criminosos são celebradas<sup>4</sup>.

Por trás da ascendência política das redes criminosas globais está uma dinâmica de globalização poderosa, ainda que geralmente menosprezada. Essa dinâmica é o tema (...) que procura entender como as mudanças da década de 1990 não apenas fortaleceram os criminosos, como ao mesmo tempo, enfraqueceram as instituições encarregadas de combatê-los. O sucesso das redes criminosas baseia-se tanto na mobilidade internacional como em sua habilidade de se beneficiar dentro das fronteiras dos Estados soberanos. Para os criminosos, as fronteiras criam oportunidades de negócios e escudos convenientes; no entanto, para funcionários do governo que os caçam, as fronteiras são frequentemente obstáculos intransponíveis (...). Hoje, o comércio ilícito permeia igualmente as sociedades ricas e pobres.

4 NAIM, Moisés. *Ilícito*. Jorge Zahar Editor. Rio de Janeiro. 2006. Página 18.

PAOLI<sup>5</sup>, inclusive, explica que essa dinâmica adotada por grupos criminais é tão fluida que muitas vezes seus membros sequer se conhecem, apenas firmando parcerias comerciais como outras quaisquer. Acrescenta, ainda, dizendo que, justamente por essa característica, quando um dos agentes se torna um alvo ou é percebido, de alguma maneira, por órgãos de fiscalização ou pelo sistema de justiça, a rede pode se reagrupar rapidamente em torno de “novos jogadores”.

Além disso, explica que a diminuição de clientes e de funcionários auxilia também na estratégia de invisibilidade, afastando-se o quanto possível de uma posição de vulnerabilidade perante a lei e a fiscalização<sup>6</sup>.

Dessa maneira, percebe-se que o crime organizado transnacional acaba por se fragmentar em redes difusas, flexibilizando sua estrutura para uma maior valorização e utilização de habilidades especiais de seus integrantes ou participantes. Nesse aspecto, SANTIBANEZ<sup>7</sup> explica que nos grupos criminosos de modelo de rede:

(...) Não há uma hierarquia central detentora dos poderes de comando de forma centralizada. A rede é formada por indivíduos que se envolvem na atividade através de laços voláteis. Não há necessidade de filiação ao grupo criminoso. Basta ao indivíduo que ele possua as habilidades que são demandadas. Este tipo de vinculação, mais frouxa, dificulta o rastreamento das ações e a identificação dos autores por parte das autoridades estatais. Quando elas conseguem identificar algum suspeito, a rede imediatamente se desfaz e posteriormente se reorganiza ao redor de outros indivíduos. Os envolvidos diretamente nas atividades não estabelecem, necessariamente, ligações diretas entre si. Existem terceiros que exercem o papel de mediadores. Os papéis, assim como as responsabilidades de cada um, são diferentes. Assim também é o peso e a participação de cada um na organização. Alguns, contudo, são fundamentais, principalmente por serem responsáveis pelas conexões. Em torno destes é que se organizam a redes<sup>8</sup>.

Nesse sentido, inclusive, WERNER esclarece que as redes de comando são formadas ao redor de uma liderança, de cada núcleo, por duas características, quais seja, a intrínseca e a extrínseca. Observe-se:

5 PAOLI, Letizia. **What is the link between organized crime and drug trafficking?** Rausch, v.6, Jahrgang, 4, pp. 181-189. 2017.

6 Idem.

7 SANTIBANEZ, Dione Antonio C.S. **A globalização da criminalidade organizada**. Dissertação de mestrado no programa de pós-graduação em Sociologia na Faculdade de Ciências Sociais da Universidade Federal de Goiás. 2012. Disponível em: < <http://repositorio.bc.ufg.br/tede/bitstream/tde/1619/1/Dione-dissertacao.pdf>>.

8 SANTIBANEZ, Dione Antonio C.S. **A globalização da criminalidade organizada**. Dissertação de mestrado no programa de pós-graduação em Sociologia na Faculdade de Ciências Sociais da Universidade Federal de Goiás. 2012. Página 87. Disponível em: < <http://repositorio.bc.ufg.br/tede/bitstream/tde/1619/1/Dione-dissertacao.pdf>>.



Intrinsecamente pelas características individuais, habilidades especiais e capacidade de agregação dos seus participantes, que se estruturam de forma flexível e de modo que o ganho ilícito seja o principal elemento de agregação; e extrinsecamente com o fortalecimento do combate à criminalidade, impondo a necessidade de se criar novos mecanismos de distanciamento dos líderes com os seus comandados, com o objetivo de impedir a identificação e dificultar a captura. O crime organizado transnacional nesse cenário passa a se formar ao redor das estruturas de redes difusas de atuação econômica, aspecto fundamenta para a compreensão de suas principais dimensões e de manifestações como o terrorismo e a corrupção<sup>9</sup>.

As redes criminais objetivam, portanto, estar em diferentes locais ao mesmo tempo para, com isso, ter êxito no empreendimento criminoso, expondo as fragilidades do Estado enquanto condutor de uma política de controle. Isto é, as redes criadas chegarão aos seus objetivos se tiverem a “capacidade de articulação entre os núcleos atuantes em diferentes regiões, obtendo resultados em tempo cada vez mais curto. As transações não podem ser excessivamente longas no tempo, mas devem ser no espaço”<sup>10</sup>.

Não se pode deixar de mencionar que os avanços tecnológicos (tecnologia de ponta) auxiliaram muito as transações do comércio ilícito, uma vez que expõe menos determinados núcleos de poder e possibilita com que as redes criminais articulem com mais precisão a empreitada criminosa.

NAIM<sup>11</sup> explica que essa transformação de organização das práticas ilícitas em redes criminais ocorreu ao longo do tempo, especialmente com a desregulamentação da economia no final dos anos 1990, por três motivos: (i) aumento do capital gerado pelas transações ilícitas, (ii) expansão das atividades em razão do alto grau de autonomia dos agentes devido a descentralização de poder, e (iii) a agregação de diferentes funções no grupo.

Aliás, a complexidade com que as redes criminais e as organizações criminosas operam atingem diversos lados de uma sociedade, como a manipulação do poder e da ganância, eis que em diversas oportunidades é necessário que funcionários públicos ou de empresas privadas, que estão no caminho do narcotráfico, sejam cooptados para o sucesso daquela determinada operação.

9 WERNER, Guilherme Cunha. **O crime organizado transnacional e as redes criminosas: presença e influência nas relações internacionais contemporâneas**. Tese (Doutorado em Ciência Política) - Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, São Paulo. 2009. Página 19.

10 SANTIBANEZ, Dione Antonio C.S. **A globalização da criminalidade organizada**. Dissertação de mestrado no programa de pós-graduação em Sociologia na Faculdade de Ciências Sociais da Universidade Federal de Goiás. 2012. Página 73. Disponível em: < <http://repositorio.bc.ufg.br/tede/bitstream/tde/1619/1/Dione-dissertacao.pdf> >.

11 NAIM, Moisés. **Ilícito**. Jorge Zahar Editor. Rio de Janeiro. 2006.

Os esquemas criminosos operados pelas organizações criminosas por intermédio das redes criminais possuem a mesma lógica do mercado lícito e formal, qual seja, o envio da mercadoria de forma segura e o retorno de vultuosas quantias de capital. Nessa linha de pensamento, por obvio, diversas atividades devem ser desenvolvidas, mas, no caso em questão, não podem ser facilmente percebidas e, por esse motivo, a cooptação de certos personagens são essenciais.

La “interpenetración” entre los elementos de estas complejas redes permite a todos los actores influirse mutuamente. Estas interacciones hacen esencial examinar las redes no sólo como organización, sino también como um processo com estruturas lógicas únicas. Este processo puede involucrar alianzas, competências, infiltración, centralización y/o descentralización, adaptabilidad y resiliencia. El proceso y su correspondiente estructura lógica, también dictan las actividades de la red, las empresas y los negocios que ésta persigue, así como las áreas en las que opera<sup>12</sup>.

O estudioso SALAMANCA completa esclarecendo que a resistência de sobrevivência das redes criminais se deve a corrupção, a cooptação e a demanda de drogas ilícitas que facilitam e operam essas redes. Complementa dizendo que “sin importar la cantidad de líderes capturados, estas condiciones favorecen la constante reproducción de redes criminales”<sup>13</sup>.

Na mesma linha, NAIM<sup>14</sup> esclarece que essa resistência de sobrevivência das redes criminais se dá por outros três motivos, quais sejam, (i) o avanço tecnológico que rapidamente é empregado pelos agentes criminais para conseguir burlar cada vez mais os mecanismos de controle estatais (tais como interceptações telefônicas, rastreamento de antenas etc), (ii) a dispersão do poder em diversos núcleos operacionais e, por fim, (iii) a variedade de produtos oferecidos, o que faz com que, caso haja a apreensão de algo, essa perda é relativamente pequena perto das demais atividades do grupo.

Sobre esse último aspecto, importante frisar que as redes criminosas formadas por agentes e grupos criminais normalmente possuem várias frentes de atuação como, por exemplo, o tráfico de drogas em muitos portos de países diferentes ou diversificam seus mercados como tráfico de entorpecentes e de armas. Esse mecanismo possibilita que a rede criminal formada não seja atingida em sua totalidade, pulverizando as perdas e seu poder estruturado em diversas frentes.

12 SALAMANCA, Luis Jorge Garay. **Macro-criminalidad: complejidad y resiliencia de las redes criminales**. Bloomington iUniverse. 2016<sup>o</sup>. Página XXVI Disponível em: < [https://www.researchgate.net/publication/326465064\\_Macro-criminalidad\\_Complejidad\\_y\\_Resiliencia\\_de\\_las\\_Red\\_Criminales](https://www.researchgate.net/publication/326465064_Macro-criminalidad_Complejidad_y_Resiliencia_de_las_Red_Criminales)>

13 SALAMANCA, op.cit., p. 3.

14 NAIM, Moisés. **Ilícito**. Jorge Zahar Editor. Rio de Janeiro. 2006.

#### 4 Tráfico de entorpecentes como principal instrumento de mobilização das redes criminais

O tráfico de entorpecentes movimentada, no mundo, bilhões de dólares por ano o que acaba por fomentar cada vez mais sua maior distribuição global por intermédio de redes criminais. Conforme MANSO esclarece, a partir do momento em que as drogas ingressaram nos grandes centros urbanos, não mais pararam de crescer os números ao seu redor, seja de consumo, seja de valor envolvido, seja de mão de obra precária para que o comércio dos entorpecentes gerasse cada vez mais a engrenagem do sistema. Observe-se:

No Brasil, chegou aos grandes centros com mais força nos anos 1980, embalada pelo processo de urbanização e de comunicação de massa, pela cultura pop, pelas bandas de rock, pelos grandes festivais de música, pela valorização do prazer, do consumo e da individualidade, em detrimento das identidades coletivas e dos valores familiares e tradicionais da vida no campo. As drogas ajudaram na celebração desses tempos hedonistas, principalmente a maconha e a cocaína. Para entender esse consumo mundial crescente, rotas foram abertas a partir da Bolívia e do Paraguai, de onde as drogas saíam para chegar aos portos brasileiros e seguir para os demais continentes. A produção da folha de coca exigia a altitude elevada dos países andinos, e o Brasil se tornou um corredor de passagem da mercadoria. Os traficantes viram nessa logística uma oportunidade para abastecer também o mercado interno do Rio de Janeiro e de São Paulo, que se revelava promissor<sup>15</sup>.

Não se pensa o tráfico de drogas no Brasil como um mercado econômico cujo produto é ilícito. Antes disso, o que permanece no imaginário e no discurso da sociedade é que ele é produtor de violência e que, como inimigo, deve ser enfrentado e abatido.

No entanto, antes desse discurso, é essencial compreender o mercado ilícito de entorpecentes como um dos principais mercados atacadistas no mundo, colocando o Brasil como um dos principais importadores de drogas e como uma das rotas mais utilizadas para escoar as altas quantidades de substâncias entorpecentes pelo mundo.

Nesse sentido, não se pode deixar de observar que os grupos criminais de base prisional, como o Primeiro Comando da Capital (PCC) e o Comando Vermelho (CV), foram, e ainda são, importantes na complexidade do tráfico de entorpecentes internacional, especialmente pelas dinâmicas por eles firmadas nos limites territoriais brasileiros com países produtores da droga, como Peru, Bolívia e Colômbia.

15 MANSO, Bruno Paes. *A República das Milícias – dos esquadrões da morte à era Bolsonaro*. 1ª edição. São Paulo: Todavia, 2020. Página 150.

O Brasil, por ser claramente a rota de escoamento desses entorpecentes oriundos dos países vizinhos<sup>16</sup>, acaba por também desenvolver, dentro do seu território nacional, alternativas para enviar as drogas para seus mercados consumidores. Sim, pois o Brasil não apenas é o entreposto dos entorpecentes que pertencem a organizações criminais internacionais, mas também os grupos criminosos brasileiros possuem suas próprias mercadorias, seja porque acabam exercendo o papel de terceirização, seja porque possuem membros de suas organizações em outros locais do mundo, que precisam invariavelmente do produto ilegal para “girar a roda” do tráfico de drogas.

O Primeiro Comando da Capital (PCC) já atravessou as fronteiras nacionais, estabelecendo e controlando a produção de entorpecentes em alguns países vizinhos<sup>17</sup>, justamente porque, segundo CAMPOS, “o lucro é o conceito central que orienta as atividades ilegais de quem se encontra inserido nesse contexto”<sup>18</sup>.

Nesse pormenor, não se pode deixar de lembrar o episódio que vitimou Jorge Rafaat, “o rei da fronteira”, em 2016, justamente por um desentendimento de liderança da produção da droga no nordeste do Paraguai. O Primeiro Comando da Capital (PCC) se inseriu nos países fronteiriços com o objetivo de eliminar os intermediários da droga<sup>19</sup>, tornando-se, portanto, o instrumento necessário para o alcance daquele mercado.

Nesse sentido, o Primeiro Comando da Capital (PCC) continua sendo uma das principais organizações responsáveis pelo trâmite da droga até os mercados brasileiro, europeu e asiático, ou seja, é quem promove o fluxo: controla a produção da droga ou realiza a logística para trazê-la dos países produtores até o Brasil, depois a distribui até os portos nacionais, como o Porto de Santos, Paranaguá e Porto de Itajaí, para envio ao seu destino, qual seja, algum dos portos da Europa ou Ásia.

Nessa perspectiva, justamente pelo alto valor do “produto exportado”, a organização criminosa já sabe para quem vai encaminhar e como o fará, em vir-

16 VAZ, Alcides Costa. **Dinâmicas e tendências do crime organizado transnacional e do tráfico de drogas na América do Sul e ameaças decorrentes para a segurança nacional**. Revista do Centro de Estudos Estratégicos do Exército. Volume 14 (4), set/nov 2019. Disponível em: <<http://www.ebrevistas.eb.mil.br/CEExAE/article/view/3194/2564>>.

17 DIAS, C.C.N; MANSO, B.P. **A guerra: ascensão do PCC e o mundo do crime no Brasil**. São Paulo: Editora Todavia. 2018.

18 CAMPOS, Tales de Paula Roberto de. **O projeto transfronteiriço do Primeiro Comando da Capital – PCC (2006-2016)**. Dissertação de mestrado apresentada ao Programa da Pós-graduação em relações internacionais San Tiago Dantas da Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho” (Unesp), da Universidade Estadual de Campinas (Unicamp) e da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUCSP). São Paulo. 2020. Página 105. Disponível em: <<https://repositorio.unesp.br/handle/11449/202175>>.

19 Idem.

tude das redes criminais formadas para aquela determinada operação. Segundo CAMPOS:

O processo de transnacionalização pode ter se tornado um objetivo mais fácil de alcançado pelo PCC devido a não-obrigatoriedade dos membros de fornecerem seus ganhos brutos para o caixa da facção. (...) Portanto, o princípio de solidariedade que se estabeleceu dentro do “Partido” foi fundamental para que os objetivos de expansão transnacional pudessem ocorrer em primeiro nível – antes da formação de um plano de internacionalização em nome da facção. (...) Os membros da facção, que antigamente costumavam ter suas rendas limitadas às “quebradas” paulistas e relações com “empresários” locais, puderam junto ao plano de expansão gerir negócios no exterior, organizando a logística do tráfico de drogas nas fronteiras, além de evadir possíveis acusações ou mandados de prisão em outros Estados<sup>20</sup>.

O Brasil, portanto, é um dos pontos principais onde ocorre a articulação da dinâmica do tráfico de drogas internacional, pois pela sua dimensão territorial e sua posição estratégica na América do Sul, estabelecendo fronteira com os países produtores da folha da coca, acaba sendo espaço estratégico para o estabelecimento dos vários grupos criminais nos fluxos que tem como origem os países andinos (Bolívia, Peru, Colômbia) e o continente africano e europeu.

## 5 Analisando redes criminais a partir da operação brabo

A Operação Brabo foi uma investigação complexa realizada pela Polícia Federal ao longo do ano de 2016 e que teve sua deflagração, com a prisão de dezenas de investigados, em setembro de 2017.

A investigação brasileira se iniciou após o DEA (Drug Enforcement Administration), que é o órgão do departamento de Justiça dos Estados Unidos da América responsável pelo combate ao tráfico internacional de drogas, informar as autoridades brasileiras que haveria um grupo criminoso organizado, com base na cidade de São Paulo, que estaria enviando enormes remessas de cocaína para a Europa e Oriente Médio através do Porto de Santos, no litoral de São Paulo.

Segundo o DEA, foram por eles identificadas cinco remessas de drogas dentro de containers aos portos de Kalingrado na Rússia, Hamburgo na Alemanha, Rotterdan na Holanda, Valência na Espanha e Antuérpia na Bélgica. As informações trazidas pelo DEA ainda descreviam que diversos agentes estariam envolvidos na empreitada criminosa, apontando para uma gama de grupos criminais

20 CAMPOS, Tales de Paula Roberto de. **O projeto transfronteiriço do Primeiro Comando da Capital - PCC (2006-2016)**. Dissertação de mestrado apresentada ao Programa da Pós-graduação em relações internacionais San Tiago Dantas da Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho” (Unesp), da Universidade Estadual de Campinas (Unicamp) e da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUCSP). São Paulo. 2020. Página 138. Disponível em: <<https://repositorio.unesp.br/handle/11449/202175>>.

que estariam trabalhando nesse mercado ilícito dessas oportunidades, tais como o Primeiro Comando da Capital (PCC) e clãs europeus.

Após a colheita desses e de outros diversos elementos colhidos pela Polícia Federal Brasileira (como interceptações telefônicas e acompanhamento fotográfico, por exemplo), o Ministério Público Federal ofereceu acusação formal (denúncia), ao longo de suas 628 páginas, em face de 156 pessoas que, em tese, integrariam toda a rede criminal instituída para a operação de tráfico de drogas internacional a partir do envio de entorpecentes alocados em containers no Porto de Santo/S.P.

Para melhor compreensão da função de cada agente, suas conexões e a hierarquia dentro do grupo organizado, a denúncia é dividida por apreensões/envios da droga para outros países, relatando pormenorizadamente os núcleos e os papéis desempenhados um a um em cada empreitada.

Elencou-se as seguintes categorias para dividir as atuações dos agentes denunciados no âmbito da Operação Brabo: (1) líderes do grupo, (2) logística de embarque da droga, (3) funcionários dos terminais portuários em que os entorpecentes foram embarcados (atuação direta no Porto de Santos), (4) estivadores, (5) vigilantes, (6) empréstimo de cartão (para que os agentes pudessem ingressar no terminal portuário), (7) cooptação de tripulantes, (8) tripulantes dos navios, (9) fornecedores das drogas, (10) comprador da droga na Europa, (11) logística do transporte da célula criminoso, (12) logística da célula/ação criminoso, (13) funcionários dos terminais portuários, (14) responsáveis por “esconder” o dinheiro do grupo, e (15) receptor da droga na Europa.

Analisando cada um dos episódios investigados, que culminaram ou não na apreensão do entorpecente, é possível perceber facilmente que, de fato, os núcleos se alteram em cada episódio. Isto é, em cada ação criminoso, existem líderes que não são os mesmos que da próxima ação ou, quando são, normalmente estão com o mesmo grupo de ações anteriores. Isso quer dizer que, apesar de haver uma hierarquia mais ou menos definida com papéis bem desempenhados, a liderança de fato é pulverizada, dificultando a imputação de todo e qualquer evento aos mesmos agentes e líderes.

Essa divisão de tarefas em diferentes episódios também demonstra a valorização de capacidades pessoais de cada integrante da rede criminal e não apenas a consideração de sua posição dentro do grupo. Apesar desses elementos não serem assim vistos pelo Ministério Público Federal, é claro quando se faz a análise da denúncia em conjunto com o arcabouço sobre estudo de redes criminais.

As conexões do grupo foram iniciadas a partir de uma apreensão de 170kg de cocaína no porto de Kalliningrado, na Rússia, em agosto de 2015, em que se identificou que a droga partiu do Porto de Santos, no litoral paulista, no mês de

julho. Nessa toada, foi possível identificar em que dia e horário o container em que os entorpecentes foram alocados fora recebido e, com essas informações em mãos, a Polícia Federal identificou o motorista que transportou o referido container.

A partir da identificação do motorista, que também era o proprietário do caminhão, identificou-se que o “cavalo” (anexo ao eixo do caminhão) era de outra pessoa, a qual passou a ser investigada e identificada como um dos principais fornecedores e responsáveis pela logística da droga e da inserção no Porto de Santos/S.P.

A empresa responsável pelo transporte do contêiner também foi identificada e dentro do seu quadro de funcionários, e a partir de interceptações telefônicas, uma funcionária passou a atuar diretamente nas tratativas de outra ação criminosa.

Em outra oportunidade, novamente identificou-se o motorista e proprietário do caminhão que transportou o container, apontando agora para o irmão do proprietário do “cavalo” anteriormente identificado. A rede foi sendo assim desmistificada até onde foi possível.

Como já é possível concluir, as ligações entre os membros da rede se deram de modo a otimizar as funções que já regularmente exerciam, a fim de possibilitar com que o tráfico de drogas se expandisse para além das fronteiras territoriais brasileiras e, por incrível que pareça, por intermédio de bases lícitas como é o Porto de Santos/S.P.

Outro dado relevante é que em três apreensões feitas havia a mesma sigla marcada nos entorpecentes, a demonstrar que o mesmo grupo criminoso enviava suas drogas para fora do Brasil se utilizando de sua rede e dela se beneficiando.

As lideranças foram determinadas a partir de interceptações telefônicas com outros contatos do grupo, de modo que assim foram colocadas porque detinham a tomada de decisão de determinada engrenagem da rede.

No bojo da Operação Brabo, segundo a denúncia ofertada pelo Ministério Público Federal, identificou-se a atuação de integrantes do Primeiro Comando da Capital (PCC), os quais eram responsáveis pela entrega de drogas na região da baixada santista e o posterior embarque dos entorpecentes nos containers para o exterior. Além desses agentes apontados, segundo a acusação formal como líderes, outros também integrariam essa liderança, tais como os integrantes de um clã sérvio, porém com outras funções relevantes: alguns eram os responsáveis pelo recebimento e armazenamento da droga, outros responsáveis pela logística do envio da droga ao exterior.

Conforme se percebe, para cada trecho do percurso da droga há um núcleo com líderes determinados, integrantes ou não do mesmo grupo criminoso, não unificando a liderança de toda a operação em apenas uma pessoa ou um núcleo duro. Nesse aspecto, a denúncia descreve:

“em alguns casos, os líderes realizavam verdadeiros consórcios entre eles, com o objetivo de concretizar o envio de grandes quantidades de droga em um só carregamento. Esse aspecto é justificado pelos altos custos relacionados à compra e transporte de droga até o porto, bem como os valores gastos em todo o processo de introdução da droga em containers/navios. Especificamente no caso dos consórcios, cada integrante era responsável por suprir com determinada quantidade de cocaína, para que, no fim, essa composição resultasse em uma grande remessa da droga, justificando os valores empregados na logística de envio”.

Dessa maneira, o presente artigo dividirá os núcleos finais de poder em três atuações essenciais para o sucesso da operação da rede investigada: os chefes da cooptação de tripulantes, os chefes da logística de chegada e embarque da droga nos navios, e os chefes do contato internacional e responsáveis pelos pagamentos necessários à rede estabelecida.

A cooptação de tripulantes foi uma das primeiras questões a ser identificada na Operação Brabo, já que os estivadores e tripulantes normalmente não são brasileiros e chegam ao Brasil provenientes de países muito vulneráveis, como Filipinas. Assim, a “aquisição” desses membros como instrumento da rede é um dos pilares essenciais para a introdução da droga nos navios, de modo sutil e sem despertar desconfianças, já que eles estão o tempo todo circulando com objetos internos na embarcação.

A função então dos chefes desse núcleo era justamente realizar contato com esses tripulantes para facilitarem a introdução do objeto mercantil ilícito, isto é, a droga, no meio de transporte escolhido com destino ao seu mercado final, a Europa. Esses líderes já instruíam, em muitas vezes, como seria a retirada da droga por receptores nos portos europeus, a demonstrar que toda a engrenagem do sistema do tráfico está bem estruturada e interligada.

Após então a cooptação dos tripulantes, um segundo núcleo era o responsável pela logística de entrada da droga no terminal portuário para que ela fosse alocada, em maior quantidade, em containers. Para isso, era necessário que houvesse membros dessa rede que estivessem inseridos em pontos estratégicos, tais como, trabalharem em empresas de comércio exterior/logística com sede interna no Porto, ou que tivessem crachás para abrir os portões para que caminhões entrassem com as drogas em meio de outros produtos, ou, ainda, que já soubessem quais containers já teriam passado pelo scanner da Receita Federal.



Dessa maneira, toda essa logística era articulada por chefes que possuíam relacionamento com essas pessoas e que, portanto, faziam com que essa nova etapa do processo de exportação dos entorpecentes pudesse ocorrer com o menor risco de perda possível. A denúncia assim descreve:

Para que essa operação ilícita tivesse êxito, os mesmos seriam informados previamente em quais contêineres deveriam ser inseridas as cargas de droga, que seriam indicados de acordo com os portos de destino da cocaína, além, é claro, de contar com o apoio imprescindível dos tripulantes que já estariam previamente aliciados. (...).

Prosseguindo, informou ainda que, quando a droga é inserida diretamente no interior dos navios atracados, normalmente as malas contendo a cocaína seriam transportadas em pequenas embarcações através do Canal do Porto e seriam içadas para dentro do navio através de cordas. Já dentro do navio, o material ilícito seria escondido pelos próprios tripulantes ou também colocado no interior de contêineres já embarcados, evitando, desta forma, a detecção do material ilícito por meio da fiscalização através de scanner e cães farejadores.

Veja-se que a inserção da droga em containers por membros da rede foi essencial para o envio da mercadoria aos mercados europeus, sem ter quase que nenhuma possibilidade de perda, se não houve a investigação da Polícia Federal brasileira nesses episódios. Além disso, a organização e estruturação de toda a rede até esse estágio foi essencial para que houvesse a indicação de quais containers já teriam passado por aprovação da Receita Federal para que, então, se rompesse o lacre do container, se incluísse o material ilícito em seu interior e após houvesse nova lacração.

A cooptação de funcionários do Porto, sejam eles responsáveis pelos despachos aduaneiros, ou funcionários de empresas de comércio exterior ou, ainda, tripulantes de navios estrangeiros, é essencial para que a engrenagem de toda a operação possa funcionar. Sem suas atividades não seria possível (ou tão facilmente possível) saber quais containers já passaram pelos scanners da Receita Federal para serem abertos e a droga ali embarcada, rompendo-se o lacre anteriormente colocado, ou se arriscando para içar bolsas lançadas no mar ou dentro de pequenas embarcações (lanchas) com os entorpecentes em seu interior para, assim que possível, colocá-las para dentro dos navios.

Assim, é facilmente constatado, diante da dinâmica apresentada pela Operação Brabo, que absolutamente todos os integrantes da rede são essenciais para o sucesso da operação, especialmente diante da utilização de suas habilidades ou postos de trabalho bem definidos.

Outro ponto interessante a se notar é que todos os membros dessa rede criminal criada estão amplamente inclinados ao lucro que o sucesso da operação

produzirá, pois cada vez que uma grande exportação dessas é concluída com sucesso, todos ganham financeiramente e mais, novas operações ocorrem fazendo com que o grupo se torne cada vez mais especializado.

Nessa parte da operação, também não se pode deixar de mencionar o consórcio de drogas, isto é, que independente da engrenagem da rede, cada organização criminosa é responsável por parte da droga. Na Operação Brabo, apesar de toda a engrenagem da rede criminal desenvolvida, cada grupo criminoso era responsável pela sua própria remessa, ou seja, as perdas e ganhos eram diluídos na rede apenas se as drogas de todos os envolvidos fossem apreendidas ou, de alguma outra maneira, perdidas.

O consórcio de drogas é uma das características muito bem definida e identificada dessa e de outras redes criminais, justamente porque o objetivo aqui, além de conseguir ter agentes em todos os pontos do processo, é diminuir o valor perdido em caso de apreensão pela Polícia Federal ou outro órgão de vigilância.

Nesse sentido, os grupos criminosos se unem por intermédio de objetivos em comum, mas não exigem que suas ideologias sejam as mesmas ou que haja uma reciprocidade futura. Pelo contrário, após concluída aquela operação apenas voltam a se unir quando outra oportunidade de lucro surgir ou quando aquele mercado carente do produto que eles têm a oferecer roga por nova remessa.

A lógica dessa rede criminal e de quase todas as redes de tráfico de entorpecentes é a mesma lógica do capitalismo: quando mais há necessidade de um determinado produto, mais há indivíduos ou organismos que tentam suprir aquele mercado consumidor. No caso do mercado da cocaína é a mesma coisa, a não ser pelo fato de que a mercadoria é ilícita e que toda a estrutura para seu trânsito e envio é custosa em razão da sua ilegalidade.

Nesse sentido, conforme foi possível concluir na Operação Brabo, as lideranças de cada núcleo, apesar de cada um possuir uma responsabilidade mais específica na rede, trocavam informações sobre o todo, ou seja, esclareciam os demais de toda a logística e sobre os problemas que iam surgindo durante a operação, como se “sócios” daquele empreendimento fossem.

Pois bem, o núcleo dos líderes responsáveis pelas conexões com os compradores estrangeiros ocorria, em sua maioria, pelo clã europeu que estava, segundo a denúncia do Ministério Público Federal, inserido nessa dinâmica do tráfico internacional. Com seus contatos oriundos de seus países de origem, era muito mais fácil e confiável que os negócios tratados fossem firmados.

A Operação Brabo demonstrou, através de cruzamento de satélite de localização de celulares utilizados, que os compradores europeus, na sua grande maioria, vinham até o país para entender como seria a dinâmica até a chegada nos

portos internacionais, a fim de comprovar a eficácia da rede e o sucesso da operação da qual estavam injetando dinheiro.

Conforme também é facilmente observado, a rede criminal estruturada para operacionalizar o envio de droga para a Europa, como é o caso da Operação Brabo, mostra claramente que esses grupos criminosos envolvidos buscaram essa alternativa de envio por intermédio de navios, por se tratar de um método com menos risco (ao menos físico) aos seus integrantes e maior lucratividade. Nesse sentido, é inclusive o ensinamento de Klaus von Lampe<sup>21</sup>, observe-se:

These criminal groups are believed to have the mobility to seek out the most lucrative opportunities for crime and, once a crime is committed, to retreat to those places that provide the most protection from law enforcement. It has also been suggested that transnational crime can safely blend into international commerce, communication, travel, and migrant communities (Shelley, 2011; Williams, 2001; Williams & Godson, 2002).

Não se pode deixar de notar que o transporte de entorpecentes em meio a outros tantos objetos, dentre eles alimentícios, é uma das maneiras de dificultar a operação criminosa, eis que aparentemente sequer seriam espaços pensados ou comumente utilizados para armazenamento de drogas. Em alguns dos episódios de apreensão da droga ao longo da Operação Brabo, os entorpecentes foram armazenados dentro de frangos congelados, primeiro para impedir sua fácil localização, depois para dificultar a ação dos cães farejadores.

Não se pode deixar de observar que, ao final da extensa denúncia formulada pelo Ministério Público Federal, talvez pela ausência de conhecimento sobre o que seria e como se caracterizaria uma rede criminal, o órgão do sistema de justiça brasileiro interpreta que, na verdade, todas essas conexões seriam uma única organização criminosa que teria divisão de tarefas.

É claro que é mais usual tentar entender o fenômeno das redes criminais como se fosse uma única e grande organização criminosa. No entanto, em razão das diversas características observadas ao longo da Operação Brabo e da dinâmica empregada pelos seus integrantes, conclui-se tratar-se de uma complexa e muito bem estruturada rede de alianças criminais e não apenas de uma única organização.

Isso porque apresenta algumas características inerentes ao estudo de redes criminais, diante de toda a literatura já produzida sobre essa temática. A transnacionalidade da rede criminal descrita na Operação Brabo ocorre em razão do afastamento dos líderes de seus núcleos, característica essa intrínseca a flexibiliza-

21 Von LAMPE, Klaus. *Re-conceptualizing transnational organized crime: offenders as problem solvers*. Uluslararası Güvenlik ve Terörizm Dergisi • Cilt: 2 (1). Jan/2011.

ção de poder das redes, e aos laços estratégicos firmados, resultando em uma rede estável e ampla no tempo e espaço.

Aliás, abram-se parênteses aqui para esclarecer que, na denúncia ofertada pelo Ministério Público Federal com base na ampla investigação da Polícia Federal, há indicação de elos com outras organizações criminosas que não apenas o Primeiro Comando da Capital (PCC) e o clã europeu sérvio.

No mesmo sentido, KENNEY<sup>22</sup> esclarece que muitas vezes se acabou por entender que seria uma única organização criminosa que organizaria o mercado, fixando preços e modo de execução do tráfico de drogas. Esse imaginário comum foi expandido pelos Estados Unidos da América, principalmente, na guerra que foi por eles declarada na época de Pablo Escobar e do crescente conhecimento dos cartéis de Cali e Medellín, sendo ainda mais impulsionado pelas produções midiáticas e cinematográficas.

A denúncia descreve o suposto relacionamento entre integrantes da rede com a máfia calabresa de Rocco Morabito, a demonstrar que os interesses firmados ou que poderiam ser firmados não são para a criação ou funcionamento de uma grande e única organização criminosa. Pelo contrário, demonstra justamente que diversos grupos criminosos firmam relações para que uma operação comercial, como é o tráfico ilícito de entorpecentes, seja realizada, da melhor maneira possível do ponto de vista empresarial.

A lógica utilizada nessa rede criminal observada pela Operação Brabo é a de uma empresa que precisa comprar matéria prima, receber o produto, encaminhar para a logística e remeter o produto ao seu comprador/cliente final. Esquece-se, por vezes, que apesar do elemento comercial ser ilícito (drogas), a operacionalização é a mesma, não significando necessariamente que todos que ali integram as engrenagens do sistema estejam vinculados única e exclusivamente com uma organização, mas sim que apenas se utilizem dela para, de alguma maneira, lucrar.

## **6 Considerações finais**

O presente artigo pretendeu contribuir com o campo de estudo sobre a dinâmica das redes criminais, em especial porque no Brasil ainda há poucas produções sobre a temática se comparado com países como Bolívia, Colômbia, Estados Unidos e México. O Brasil, por sua vez, possui inúmeras desigualdades e desin-

---

22 KENNEY, Michael. *The Architecture of Drug Trafficking: network forms of organization in the Colombian Cocaine Trade*. Global crime, London, 8:3, pp. 233-259, 1997.

tegração social, o que faz dele um país fértil para que o crime organizado e suas redes cresçam e se proliferem cada vez mais<sup>23</sup>.

Nesse contexto, o estudo da denúncia oferecida pelo Ministério Público Federal a partir das investigações da Polícia Federal sobre o esquema criminoso que supostamente ocorreu ao longo dos anos 2016 e 2017 no Porto de Santos/SP por esses agentes criminais, demonstrou que as redes criminais se articulam a partir de um objetivo em comum que, no caso específico, seria o sucesso da operação de exportação da droga à territórios europeus.

Além disso, constatou-se que a rede criminal possui diversos membros que podem ser integrantes de uma organização criminal ou não e, ainda, que sendo de uma organização criminosa, há associação com outras. A cooptação de integrantes dessa rede ocorre a partir de relacionamentos iniciais prestabelecidos anteriormente e em razão de habilidades dos líderes de cada núcleo.

Cada liderança é responsável pela sua “equipe”, mas também recebe informações sobre todas as engrenagens do tráfico de drogas internacional que está em curso, justamente para que nenhum núcleo seja pego de surpresa pela ausência de desinformação. Isso demonstra que o poder da rede é pulverizado, no todo, mas é concentrado em poucos líderes centrais, os quais possuem o poder decisório e articulam todas as relações necessárias para que obtenham sucesso na empreitada criminosa.

Outro ponto importante a ser observado, que foi citado na investigação e denúncia na Operação Brabo, é o fato de haver alguma conexão nessas operações de envio de drogas (consórcio) entre grupos criminosos diversos, inclusive em estrutura e ideologia, tais como o Primeiro Comando da Capital (PCC), clãs europeus e máfia italiana.

Essa questão, apesar de não aprofundada no presente artigo, demonstra, pelo menos nesse primeiro momento, que o sistema de tráfico internacional de drogas, ao contrário do que é o imaginário comum, une diversas organizações criminosas bem estruturadas independente de qualquer questão, promovendo o crescimento de todas em prol do lucro obtido com o envio de drogas aos grandes mercados consumidores.

Desse modo, conclui-se que as redes criminais são instrumentos necessários para que a articulação de operações criminais ocorra, diminuindo a perda total de mercadoria de um só grupo, pulverizando o poder em poucos líderes para facilitar

23 FERREIRA, M.A.S.V; FRAGMENTO, R.S. *Atores não estatais violentos transnacionais na América do Sul: um exame dos casos do Primeiro Comando da Capital e da Família do Norte*. Revista de Segurança Pública. Dossiê Forças Armadas e Segurança Pública na América Latina. São Paulo, v. 14, n. 1, 72-87, fev/mar 2020.

e agilizar o fortalecimento de seus integrantes e conexões no mundo das drogas, e aumentando o poderio econômico de todas as organizações envolvidas na operação. O objetivo é sempre unir forças para lutar contra as amarras colocadas pelo Estado no desenvolvimento do mercado ilícito de drogas.

### Referências bibliográficas

- CAMPOS, Tales de Paula Roberto de. **O projeto transfronteiriço do Primeiro Comando da Capital - PCC (2006-2016)**. Dissertação (mestrado em relações internacionais) - San Tiago Dantas da Universidade Estadual Paulista "Júlio de Mesquita Filho" (Unesp), da Universidade Estadual de Campinas (Unicamp) e da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUCSP), São Paulo, 2020. Disponível em: <<https://repositorio.unesp.br/handle/11449/202175>>
- DIAS, C.C.N.; MANSO, B.P. **A guerra: ascensão do PCC e o mundo do crime no Brasil**. São Paulo: Editora Todavia, 2018.
- FERREIRA, M.A.S.V; FRAGMENTO, R.S. **Atores não estatais violentos transnacionais na América do Sul: um exame dos casos do Primeiro Comando da Capital e da Família do Norte**. Revista de Segurança Pública. Dossiê Forças Armadas e Segurança Pública na América Latina. São Paulo, fev/mar 2020. v. 14, n. 1, 72-87.
- KENNEY, M. **The Architecture of Drug Trafficking: network forms of organization in the Colombian Cocaine Trade**. 2007. Global Crime, London, 8:3, pp. 233-259.
- MANSO, B.P. **A República das Milícias - dos esquadrões da morte à era Bolsonaro**. 1ª edição. São Paulo: Todavia, 2020.
- NAIM, M. **Ilícito**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2006.
- OLIVEIRA, F.L.; SILVA, V.F. **Processos judiciais como fonte de dados: poder e interpretação**. Sociologias. Porto Alegre, jan/jun 2005, ano 7, nº 13, p. 244-259.
- PAOLI, L. **What is the link between organized crime and drug trafficking?** Rausch, v.6, Jahrgang, 4, pp. 181-189. 2017.
- SANTIBANEZ, D.A.C.S. **A globalização da criminalidade organizada**. Dissertação (mestrado em Sociologia) - Universidade Federal de Goiás. 2012. Disponível em: <<http://repositorio.bc.ufg.br/tede/bitstream/tde/1619/1/Dione-dissertacao.pdf>>
- SALAMANCA, L.J.G. **Macro-criminalidad: complejidad y resiliencia de las redes criminales**. Bloomington iUniverse. 2016a. Disponível em: <[https://www.researchgate.net/publication/326465064\\_Macro-criminalidad\\_Complejidad\\_y\\_Resiliencia\\_de\\_las\\_Redres\\_Criminales](https://www.researchgate.net/publication/326465064_Macro-criminalidad_Complejidad_y_Resiliencia_de_las_Redres_Criminales)>
- VAZ, A.C. **Dinâmicas e tendências do crime organizado transnacional e do tráfico de drogas na América do Sul e ameaças decorrentes para a segurança nacional**. Revista do Centro de Estudos Estratégicos do Exército. Volume 14 (4), set/nov 2019. Disponível em: <<http://www.ebrevistas.eb.mil.br/CEEExAE/article/view/3194/2564>>
- Von LAMPE, Klaus. **Re-conceptualizing transnational organized crime: offenders as problem solvers**. Uluslararası Güvenlik ve Terörizm Dergisi • Cilt: 2 (1). Jan/2011.
- WERNER, Guilherme Cunha. **O crime organizado transnacional e as redes criminosas: presença e influência nas relações internacionais contemporâneas**. Tese (Doutorado em Ciência Política) - Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009.

# DIMENSÕES DO PODER, CONSTITUIÇÃO E DEMOCRACIA: CONTRIBUIÇÃO PARA UMA DISCUSSÃO POLÍTICO-CRIMINAL SOBRE DISCURSO DE ÓDIO E DIREITOS FUNDAMENTAIS A PARTIR DO DECRETO N. 10.932/2022<sup>1</sup>

*POWER'S DIMENSIONS, CONSTITUTION AND DEMOCRACY: CONTRIBUTION TO A POLITICAL-CRIMINAL DISCUSSION ON HATE SPEECH AND FUNDAMENTAL RIGHTS IN THE DECREE N. 10.932/2022*

GABRIEL ANTINOLFI DIVAN<sup>2</sup>

CAROLINA COSTA FERREIRA<sup>3</sup>

VICTÓRIA FARIA BARBIERO<sup>4</sup>

**RESUMO:** O presente trabalho tem por objetivo discutir em que medida o Decreto nº 10.932/2022 pode ser pensado como instrumento político-criminal para a contenção de discursos de ódio. Para tanto, em sua primeira seção, o texto discute a definição de democracia por meio da neutralização operada pela racionalidade liberal: o teor de escolhas, eleições e afirmações político-constitucionais daquilo que se considera ou não democrático; na segunda seção, o artigo apresenta rápido percurso para a compreensão da constitucionalização do Decreto, que reforça a ideia de que o conceito de livre manifestação/expressão tem limites claros no ordenamento jurídico brasileiro – sem que isso fira ou perturbe qualquer conceito de democracia. Em seu último tópico, o texto estabelece bases de sustentação com o intuito de aliar o patamar democrático a uma espécie de escudo para a instituição de precariedades a partir de uma noção de liberdade que possui limites ante os compromissos e mandados constitucionalizados. Como metodologia, o trabalho apresenta a análise bibliográfica e abordagem teórica, com o objetivo de contribuir para os debates entre as relações entre neoliberalismo, ciências criminais e a defesa de bens jurídicos constitucionalmente relevantes.

- 1 O presente artigo é fruto de conclusões parciais das pesquisas desenvolvidas nos projetos “Estado de Direito, Sistemas de Justiça e crítica jurídica” (PPGD/UPF-RS) e “Criminologia do Enfrentamento” (UniCEUB).
- 2 Doutor em Ciências Criminais (PUCRS). Líder do Grupo de Pesquisa “Estado de Direito, Sistemas de Justiça e crítica jurídica”. Professor do PPGD – Mestrado em Direito da Universidade de Passo Fundo-RS. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-3459-9520>
- 3 Doutora em Direito, Estado e Constituição (UnB). Líder do Grupo de Pesquisa “Criminologia do Enfrentamento”. Professora do PPGD em Direito Constitucional do Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa (IDP). Professora de Criminologia, Direito Penal e Processual Penal (CEUB). ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-0664-9559>
- 4 Doutoranda em Direito, Estado e Constituição (UnB). Mestra em Direito pela Universidade de Passo Fundo-RS. <https://orcid.org/0000-0003-0982-4949>

**PALAVRAS-CHAVE:** Democracia; Decreto nº 10.932/2022; Constituição; Política Criminal; Discurso de Ódio.

**ABSTRACT:** The present paper discusses the range of Decree nº 10.932/2022 as a political-criminal instrument for the containment of hate speech. To this end, in its first section, the text discusses the definition of democracy through the neutralization operated by liberal rationality: the content of choices, elections and political-constitutional statements of what is considered democratic or not. In the second section, the article presents a quick journey towards understanding the nexus between the Decree and the Constitution, which reinforces the idea that the concept of free manifestation/expression has clear limits in the Brazilian legal system – without this hurting or disturbing any concept of democracy. In its last topic, the text establishes bases of support to combine the democratic level with a kind of shield for the institution of precariousness based on a notion of freedom that has limits in the face of constitutionalized commitments and mandates. As a methodology, the work presents a bibliographic analysis and a theoretical approach, with the objective of contributing to the debates between the relations between Neoliberalism, Criminal Policy and the defense of constitutionally relevant legal interests.

**KEYWORDS:** Democracy; Decree n. 10.932/2022; Constitution; Criminal Policy; Hate Speech.

**SUMÁRIO:** 1 Introdução; 2 A materialidade democrática: suas liberdades e expressões; 2.1 Radicalidade democrática: multidões e fuga de falácias; 2.2 Combate à(s) precariedade(s): substrato dos direitos fundamentais e função democrática; 3 A opção constitucional sobre a Liberdade de Expressão: o preenchimento valorativo dos direitos fundamentais e os compromissos jurídico-políticos atinentes a partir do Decreto nº 10.932/2022; 4 Novos (e velhos) paradoxos sobre tolerância (e responsabilização criminal): como o discurso de ódio pode ser interpretado no Direito Penal brasileiro?; 5 Considerações finais e aportes de conclusão; Referências bibliográficas.

## 1 Introdução

Não é com simplicidade que se pode discernir um limite factível para a aferição do raio de abrangência da proteção democrática, naquilo que diz para com o resguardo de manifestação (em sentido amplo) visto como um direito básico. E, mesmo o que, eventualmente, seria um fator de rompimento impróprio que identificaria algo, do mesmo modo, por ele não abrigado, ou, em sua seara, não defensável.

Levado a uma tônica não raramente extremada e taxativa, o conceito de democracia de fórmula e/ou uso comum parece muitas vezes um escudo que paralisa a discussão política. No instante em que se procura instituir um debate de



fundo, os entraves de uma camada mais epidérmica desabrocham em uma pauta que parece sempre atrelada à própria contradição aparentemente verificada em se procurar – democraticamente – limitar ou tolher pleitos, opiniões e agendas. A possibilidade de escolha de valores, vetores ou limites políticos recairia nesse jogo argumentativo, onde o conceito de democracia trabalha em prol de permitir que ideias se exponham – e nada mais.

Nesse contexto, o objetivo do presente trabalho reside em discutir a legitimidade da tutela político-criminal dos discursos de ódio, partindo de encaixes possíveis entre um conceito material de democracia e sua visualização jurídico-constitucional, lastreada pela axiologia representada pelos aportes em direitos e preceitos fundamentais, a partir de noções política e socialmente relevantes, como a da precariedade (tal qual é trabalhada por Judith Butler), e que encontra ecos em teses e propostas de outras autoras e autores.

Para tanto, o artigo explorará o caráter político de escolha/eleição (campo político-criminal) do feixe constitucional para os possíveis conceitos de democracia e a axiologia do que se entende por democrático, investigando a possível coadunação com toda a gama conceitual advinda de uma visão substancial, ou mesmo radicalizada, de democracia. Nesse sentido, pergunta-se: em que medida o panteão jurídico-constitucional restringe, define – e sob certo aspecto, paralisa – conteúdos e práticas democráticas, de forma arbitrária, ou as fortalece e as solidifica? A resposta passa pela própria acepção do que é democrático, que precisa ir além tanto da visão literal de somatório de vontades potenciais, quanto de uma configuração jurídica lapidar, simbólica e esmaecida, na prática.

Assim, é tarefa inicial estabelecer a necessidade, prioritária, de reconfigurar politicamente a razão ou o conteúdo dos ditos direitos fundamentais – usando-se a liberdade de expressão/manifestação como modelo – para que, justamente, sobre eles não se cristalice a formatação idealista de uma exibição simbólica ou a estipulação de compromissos vagos que não lidam com as sensíveis e reais demandas públicas a seu respeito. E isso pode ter início com a assunção do tema a partir desses dois eixos: (i) a discussão (materialista) das precariedades como objeto de fundo e fonte das agendas de direitos fundamentais, e (ii) um combate a uma noção (tragicamente) despolitizada de democracia, vista a partir de patamares jurídicos opacos que glorificam um estágio de potencial tomada de atitudes e opiniões que não sustenta compromissos práticos nem assume seu vetor ideológico – mecânica típica da racionalidade neoliberal.

São vários antagonismos nesse ínterim. Um primeiro poderia residir na noção clássica de um constitucionalismo que engendra a democracia em tom valorativo – mas a drenaria em sentido mais fatídico, o deliberativo. Há sofismas que se valem desse sentido democrático extremo, falsificando um senso radical demo-

crático para simplesmente driblar consequências e impor ideários de uma insubmissão a qualquer tipo de preceito. Importante perceber também que é justamente a tipologia conceitual democrática (material ou radical) das teses que costuma – por outro viés – ser hodiernamente exposta como entrave ou objeção à ideia de democracia sustentada sobre bases valorativas jurídicas. Erige-se a contenda que não raramente expõe uma democracia conceitual e idílica (multitudinal), frente a outra fatalmente realista (situada jurídico-constitucionalmente): passa a haver uma espécie de querela onde a (eventual) potencialidade de uma é confrontada com a (suposta) efetividade de outra, e a coerência (imagética, inclusive) de uma é fustigada pelo (elementar) tom pragmático da outra. Não raramente a discussão se desloca para um cenário que peca por assumir tons pejorativos no uso dos termos idealismo ou realismo como resumo empobrecido das possibilidades em tela. Uma objeção de não se poder atender ou representar todas as vontades, literais (discussão falsa sobre o tom dito idealista), sobre tudo que se há de decidir, de um lado, *versus* uma noção de democracia como uma reserva de possibilidade de fala/expressão opaca que se legitima e exaure pelo procedimento e pelas possibilidades de expor potencialmente as ideias e só (discussão empobrecida diametral sobre o tom dito realista).

Como primeiro objetivo específico, o artigo visa estudar e expor os pontos nodais de um esvaziamento do núcleo duro do teor conceitual dos direitos fundamentais, o que fomenta material político-criminal que distorce a necessidade/opportunidade de proteção de determinados bens jurídicos. Na sequência, o texto procurará tanto expor um dos efeitos principais desse identificado vácuo criado: na ausência despolitizada de definição entre ofertas de sentido para a democracia, termina por se configurar (e, de certo modo, triunfar, no imaginário corriqueiro) uma proposta que – desprovida de substância – age como perigoso permissivo para que se possa (sob o manto de liberdades ditas democráticas) partir para a defesa de qualquer tipo de causa, motivação ou ideal, sem temor ou responsabilidade frente a limitações políticas.

Tudo isso sob o lastro constitucional que parece inequivocamente dizer e se deixar permear pelo exato oposto: não apenas não podem ser reconhecidos enquanto “democráticos” absolutamente quaisquer ideário, pensamento ou manifestação, como se promove, expressamente, a necessidade de combate a essa linha. Abre-se o teor constitucional para uma visão de direitos e garantias fundamentais que acompanham o tempo vívido, e se destinam a ser tonalizadas pelas lutas contra as possibilidades de precarização da vida.

Assim, em sua primeira seção, o texto localiza um princípio para a discussão, na visível operação que aparta direito e política, por meio do fator-chave que é a neutralização operada por uma racionalidade neoliberal: o teor de escolhas,

eleições e afirmações político-constitucionais precisa ser indicativo de substratos para o que se vai definir como democrático, não se podendo erigir a essa condição um simples esteio que atrela (perigosamente) a democracia a um vácuo propositivo, como se o democrático consistisse em arena ou espaço de manifestação desconnectado de qualquer diretriz – e como se, na ausência de diretrizes, ali residisse o próprio ideal de democracia.

O tópico também aborda a necessidade de correção ao debate, quando não raramente se visa dicotomizar essa gama doutrinária como defensora de uma democracia radicalizada de cunho idealista ou idílico, em oposição a um aporte jurídico-constitucional assentido como pragmático (dito realista, ou, mesmo, possível): a partir da lógica multitudinal, exemplificada em uma visão de reunião de corpos, vozes e vontades – ilustrada pelo conceito de “assembleia”<sup>5</sup> – rompe-se essa falsa dicotomia ao esclarecer que a defesa de uma radicalização democrática não é escopo para absolutismos ideológicos atrelados a qualquer coisa que se possa ocultar sob o manto de “liberdades” (sobretudo individuais), e não é incompatível nem com o estabelecimento de pautas, ideais, limites, nem com um pragmatismo jurídico-político estratégico, podendo ser (e/ou devendo ser) justamente fonte de interpretação e agenda jurídico-política constitucional.

Em sua segunda seção, o artigo apresenta rápido percurso para que se compreenda a constitucionalização de uma importante ferramenta que reforça a ideia de que o conceito de livre manifestação/expressão tem limites claros no ordenamento jurídico brasileiro – sem que isso fira ou perturbe qualquer conceito de democracia que não se baseia nos termos fictícios (ou propriamente despolitizados) anteriormente expostos: trata-se da inclusão do teor da Convenção Interamericana contra o Racismo, a Discriminação Racial e Formas Correlatas de Intolerância, ratificada e incorporada por meio do Decreto nº 10.932/2022<sup>6</sup>, que inaugura um ponto de inflexão na discussão quanto à matéria. Sua recepção pelos mecanismos dispostos na própria Constituição (sumamente os parágrafos 2º e 3º do artigo 5º) indicam uma possibilidade de trabalho que dialoga com a proposta do presente texto – vez que permite que o núcleo dos direitos e garantias fundamentais seja visto não como rol pétreo, mas como ideário passível de constante movimento e proteção.

Por fim, em seu último tópico, o texto estabelece bases de sustentação com o intuito de clarificar a incongruência que alia o patamar democrático a uma espécie de escudo para a instituição de precariedades a partir de uma “liberdade”, que impediria, de plano, qualquer responsabilização ou criminalização. O fator da liber-

5 Cf. BUTLER, Judith. *Corpos em aliança e a política das ruas*: notas para uma teoria performativa da assembleia. Trad. Fernanda Siqueira Miguens. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2018.

6 BRASIL. Decreto nº 10.932, de 10 de janeiro de 2022. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2019-2022/2022/Decreto/D10932.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2022/Decreto/D10932.htm) Acesso em 15 fev. 2023.

dade (essa sim, idealizada ou tomada – apenas – em tese ou retórica) logicamente não se sustenta ante os compromissos e mandados constitucionalizados para que se implemente um solo democrático que tem conteúdo e, por conseguinte, opera com rejeições frontais em relação a alguns valores (devendo se prestar à defesa de outros). A escolha política (e a luta que se impõe) é pelo teor e pelos limites da democracia, não por um contornar inerte de um campo frívolo onde a ausência de qualquer parâmetro ou controle seria a própria democracia.

Em relação à metodologia, o trabalho se baseia em análise bibliográfica e se vale de aportes dedutivos, pois explora o conceito de democracia em um objeto particularmente definido – o Decreto nº. 10.932/2022 – e sua limitação proposta para o conteúdo (democrático) da liberdade de expressão.

## **2 A materialidade democrática: suas liberdades e expressões**

A necessidade de se reafirmar a eleição constitucional de um conjunto de conceituações e axiologias democráticas revive o tom de escolha política que, no campo político-criminal, não pode ser negligenciado. A procura por um ideal democrático a ser assumido como norte precisa, de forma conjunta, resolver antigo ponto de corte que passa por estabelecer qual é essa fonte democrática e quais os preceitos aparentemente legitimados como tais. E, para isso, precisa, ao mesmo tempo, escapar da conjectura que vê, na busca por uma materialidade democrática, a oportunidade para distorcer a questão: a possibilidade de apresentar a democracia como um perímetro que essencialmente se postula tão somente enquanto tal, passível de quaisquer preenchimentos – confundindo uma ambiência democrática casuística de manifestação ou ação com o núcleo dessa democracia em si.

Uma das premissas de enfrentamento desta discussão é a falácia no sentido de que exista uma “essência democrática” exposta nas cartas constitucionais, como se fosse conceito evidente, e não predileções políticas que jazem sobre conflitos, manifestos e oportunidades históricas que lá as inseriram. Porém, por mais que uma aposta integral em um panteão de ares neoiluministas traga consigo essa debilidade inata, o panorama jurídico-constitucional se mostra dotado de força conjuntural e passível de rearranjos que lhe permitem crédito<sup>7</sup>: há como operar desde as bases jurídicas para conformar e guiar noções de democracia a partir das aparelhagens constitucionais e político-legislativas, mormente na pauta dos direitos fundamentais que repercutem no fenômeno criminal. Mas, para isso, há que se assumir uma via de construção e leitura que parece negligenciada: a necessidade de reconhecer o papel mormente político das diretrizes constitucionais, de onde deriva uma necessária abertura para conceituações e preenchimentos de matéria

7 FERRAJOLI, Luigi. *Poderes Salvajes: la crisis de la democracia constitucional*. Trad. Perfecto Andrés Ibáñez. Madrid: Trotta, 2013, p. 37.

e sentido que não possam ser meramente ensimesmados – senão que adotados e assentidos como escolhas de sentido e direção. O direito é política – e o político não pode ser autônomo ou alheio ao que lhe cerca e compõe<sup>8</sup>.

A ideia encontra dificuldades ainda maiores ante uma linha estrutural de pensamento que já se encontra colonizada: os efeitos deletérios da racionalidade neoliberal no imaginário político (e jurídico) são sensíveis<sup>9</sup>, na mesma medida em que triunfam em avanço sorrateiro – típico da própria proposta de intensa ideologização com ares contraditórios de esvaziamento valorativo. Um direcionamento de instrumentalização da vida em si e de seus contextos, à moda neoliberal<sup>10</sup>, passa obviamente por uma despolitização de seus sistemas e conteúdos e pela neutralização daquilo que se assumiria como opções políticas em si<sup>11</sup>: uma enigmática engrenagem que se impõe como não-política pode explicar o domínio conceitual da “governança” sobre esferas públicas e privadas, sobre formas de gestão e de viver, sobre o que se considera otimizado ou inefetivo. Cria-se uma ambiência onde o design dos critérios, escolhas e regras-base passa a também a ser orquestrado a partir da lógica de premissas prontas/ótimas<sup>12</sup>, e isso afeta mesmo a forma como se vê um panteão constitucional e os preceitos de uma (dita) democracia: mais como cartilha (abstrata) de intenções do que como efetividade viva no curso do tempo.

Conforme explica Wendy Brown<sup>13</sup>, a superação dos conteúdos usual e historicamente atrelados à democracia-liberal vem unida ao deslocamento da ambiência jurídica como centro de gravidade. Nessa lógica, o Direito e suas corporificações legais deixam de ser esteios mediadores e passam a ser mais arcabouço formal do que substantivo. Não há, em curso, apenas uma simples disputa pelo conteúdo jurídico informador da substância democrática, mas um agravamento da questão, quando se pode verificar um franco desfazimento<sup>14</sup> da noção de materialidade democrática.

Uma primeira tarefa seria, portanto, não travar uma jornada objetivando decantar conceituações de democracia imateriais, etéreas, imutáveis ou imunes

8 HARDT, Michael; NEGRI, Antonio. *Assembly: a organização multitudinária do comum*. Trad. Lucas Capinelli e Jefferson Viel. São Paulo: Politeia, 2018, p. 57-65.

9 DARDOT, Pierre. LAVAL, Christian. *A nova razão do mundo: ensaio sobre a sociedade neoliberal*. Trad. Mariana Echalar. 1 ed. São Paulo: Boitempo, 2016, p. 230-243.

10 Ibidem, p. 143-144.

11 AUGUSTO, Acácio; WILKE, Helena. Racionalidade neoliberal e segurança: embates entre democracia securitária e anarquia. In: RAGO, Margareth; PELEGRINI, Maurício (org.). *Neoliberalismo, feminismos e contracondutas: perspectivas foucaultianas*. São Paulo: Intermeios, 2019, p. 240-241.

12 DIVAN, Gabriel Antinolfi. *Revolução permanente: ensaio crítico sobre o discurso garantista e a racionalidade neoliberal*. Porto Alegre: Elegância Juris, 2020; CASTRO-GÓMEZ, Santiago. *Historia de la gubernamentalizad: razón de Estado, liberalismo y neoliberalismo en Michel Foucault*. Bogotá: Sigo del Hombre Editores; Pontificia Universidad Javeriana – Instituto Pensar; Universidad Santo Tomás de Aquino, 2010.

13 BROWN, Wendy. *Undoing the demos*. New York: Zone Books, 2015, p. 66-67.

14 Ibidem, p. 17.

a criticismo exclusivamente de preceitos constitucionais ou legais, nem trabalhar com aparatos jurídicos como tentativas de espelharem conceitualmente (ou espiritualmente) as mesmas. Composições jurídicas trabalham com algum critério efetivo de justiça, mas há que se lembrar da função de entrelaçamento jurídico e político de uma ordem constitucional. O tom democrático que intitula o predicado de um Estado Democrático Constitucional residiria, talvez, mais na esfera de proposituras e bloqueios oriunda do caráter político das cartas constitucionais do que propriamente de sua faceta jurídica de lei maior e cume jurisdicional.

A proposta de superação ou aprimoramento do núcleo democrático-jurídico típico da modernidade liberal termina atacada em duas frentes. Em uma, é distorcida para comportar uma espécie de individualismo ilimitado lastreado em uma visão pueril, mas convincente, de liberdade individual universalizada. Em outra, franqueada pela ausência de barreiras e pelo desmanche em curso de um cenário jurídico que se presta apenas a garantir condições de livre competição (*lato sensu*) e nenhuma ingerência sobre valores. Parece haver, considerando a influência neoliberal na visão macropolítica, um solo fértil tanto para conduzir uma leitura de democracia para uma visão que a desatrela da noção de limites, quanto para constituir, desses destrelar e ausência, um elemento que se confundiria com o conceito de democrático, em si. A liberdade de expressão parece residir nessa confluência, vez em que por um lado vai confundida com a própria democracia, em si (em uma existência meramente potencial), e, por outro, evidencia esse suporte de direito pessoal tal individualismo competitivo que (em um sofisma) não comportaria, exatamente por isso, limitações.

Tudo adequado não a uma superação da democracia liberal, mas a uma substituição mais aguda de seus pilares por *guidelines* que obedecem a outro conjunto de premissas, ligados a uma visão que antipatiza a conteúdos sólidos e valoriza fluxos e protocolos de boas práticas desprovidos de ideologia<sup>15</sup>- e, assim da própria possibilidade de debate sobre seus núcleos, fins e fronteiras.

Assim, promove-se o uso retórico da força nominal da democracia, para procurar impedir que, quanto a seus teores, se tome qualquer tipo de decisão ou coloração. É como se a democracia carregasse o peso de se ver sempre obrigada a escapar de definições, conjunturas ou posicionamentos e não fosse mais do que uma usina de fomento de uma eterna exibição de expressividades dentre as quais fosse vetada a opção ou tomada de partido. Dentre esse posicionamento, verifica-se uma estratégia que consiste em, no mínimo, três aproveitamentos circulares e retroalimentados: (a) o teor de democracia que bloqueia o trato de desprezo ou desconsideração minoritária, o aproveitamento (b) do lastro evidente de demo-

15 BROWN, Wendy. *Undoing the demos*. New York: Zone Books, 2015, p. 71.

cracia que permite a expressão (e, não raro, com essa permissão, confunde todo o conteúdo da própria democracia), e (c) a face do discurso democrático que aparta, supostamente, a possibilidade da manifestação de um ideário ou projeto da eventual responsabilidade por sua consecução ou concretude.

Arvorando-se da condição de discurso minoritário ou *outsider*, qualquer manifestação ou exibição parece cumprir o quesito inicial para se colocar passível de requerer o manto da proteção democrática em condições iniciais e exprimir certa legitimidade posicional. Partindo para a seara que se consagrou como cerne ou condição da democracia *in natura*, qualquer posicionamento parece confortável nessa veste, uma vez considerada a já indicada confusão conceitual absoluta entre democracia e possibilidade opinativa e publicista irrestritas (liberdades de expressão). Por fim, a elementar decorrência de ambos os movimentos: o argumento que ostenta a possibilidade de qualquer manifestação ser (democraticamente) veiculada como um produto acabado pela própria possibilidade manifestada. A responsabilidade quanto aos efeitos, prognósticos ou possibilidades e resultados (até materiais) seria uma esfera ilusoriamente vista como desconectada do direito maior que reside no ato de se manifestar.

Frente a isso, opta-se por uma faixa de análise que recolhe teorias que dialogam entre si e convergem em oferecer mecanismos para o enfrentamento do tema, como as teses que, aqui, serão chamadas de multitudinais: sendas de análise estudam caracteres políticos em elementos como os corpos, os sujeitos e suas subjetividades própria. É uma espécie de desforra biopolítica para protagonizar o próprio agrupamento de pessoas e/ou a própria vontade (ou potência desejante) das mesmas como objeto de discursividade.

## 2.1 Radicalidade democrática: multidões e fuga de falácias

Discorrer sobre a parcela de soberania que se resguarda e não é traduzida (nem é transferível) em processos como o eleitoral<sup>16</sup> e os quesitos de presença política exibidos pela multidão - sem mediações - é uma obrigação contextual, que visa romper definitivamente com a improdutiva secessão que cede terreno à tese contrária, ao estabelecer, de plano, que a qualidade da energia democrática (material) é sempre imperfeita - ou totalitária - antes de sua corporificação nos textos, códigos, estamentos e instâncias legais e político administrativas.

Afinal, é preciso inclusive dar notas de proposta à ideia - jamais solta ou hipotecável a qualquer destino ideológico - de que "(...) a multidão não é um sujeito político espontâneo, mas um projeto de organização política, desse modo deslo-

16 BUTLER, Judith. *Corpos em aliança e a política das ruas*: notas para uma teoria performativa da assembleia. Trad. Fernanda Siqueira Miguens. 1 ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2018, p. 179.

cando o debate do ser a multidão para o fazer a multidão”<sup>17</sup>. A noção constituinte exarada por Hardt e Negri<sup>18</sup> traz mais essa lógica (dos desejos políticos – movimento com o/no tempo) do que a conceituação comumente atrelada ao termo.

Há elementos para que se solidifique uma noção político-democrática e mesmo se reconheça um genuíno poder constituinte nesse âmbito que precede a apropriação jurídica ou constitucional desses ditames. E há elementos para discernir alguns equívocos comuns que, ora atacam a ausência de controle, filtro, norte ou axiologia da democracia material, ora usam essa mesma característica para criar uma noção de ausência valorativa que se presta à justificação geral. Esse enfrentamento parece crucialmente ligado – e complementar – àquele exposto na primeira seção deste texto, uma vez que não é possível confrontar um ataque ao próprio conceito de democracia com uma pauta que resolve – ou dissolve – problemas exclusivamente a partir de estipulações mandamentais apresentadas como a melhor ou menos custosa estratégia. Se um ponto elementar do debate reside em buscar contornos e saber onde assentar a legitimidade democrática, discutir no terreno da própria ingerência multitudinal (constituinte) e no próprio condão das manifestações, expressões, e suas liberdades, é fundamental. É hora de recolocar os ditos idealismos na posição correta que lhes cabe, e não em um campo/arroubo pejorativo de irônica impossibilidade concreta.

Segundo a proposta analítica inicial de Butler<sup>19</sup>, um contexto pode transformar ou reconfigurar um ato ou manifestação entre as esferas ou classificações do democrático e do antidemocrático: em uma primeira análise, ficaria evidenciada uma discussão de fundo que precisa se pautar pela localização de algum eixo comum daquilo que se opera enquanto democracia. Fatores quantificáveis como representação ou aceitação popular ou apelos enérgicos do tema agrupado em assembleia não são indicativos confiáveis, visto que um pleito por mudança pode ser geneticamente antidemocrático (como a incitação, o financiamento, a preparação e execução de atos terroristas, a título de exemplo), ou democrático (tal legitimamente revolucionário, em outro), lidando com antinomias como a busca de maior ou menor gestão, instituição, reconhecimento ou convivência inclusiva. Desde logo, pois, percebe-se a importância de se retirar o obstáculo retórico que coliga o teor democrático (ou não) à manifestação encapsulada – e, assim, promove um afastamento, inicial, da trilha discursiva que ostenta o ato manifestante em si como núcleo democrático.

17 HARDT, Michael. NEGRI, Antonio. *Bem-estar comum*. Trad. Clóvis Marques. 1 ed. Rio de Janeiro/São Paulo: Record, 2016, p. 194.

18 HARDT, Michael. NEGRI, Antonio. *Assembly: a organização multitudinária do comum*. Trad. Lucas Capinelli e Jefferson Viel. 1 ed. São Paulo: Politeia, 2018, p. 47-51.

19 BUTLER, Judith. *Corpos em aliança e a política das ruas: notas para uma teoria performativa da assembleia*. Trad. Fernanda Siqueira Miguens. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2018, p. 8.



Um argumento potente para auxiliar na missão inicial de apartar o centro do debate dessa esteira de desvio temático que é usada como arma (para, ao fim, esvaziar e escapar à necessidade de delimitar os contornos democráticos) é oferecido pela própria lavra da autora, não sem o trânsito em um terreno político complexo. Sua intenção de valorar e reafirmar a legitimidade do ato de assembleia (não uma capa teórica de sentido que perturbe ou infle o termo, mas a assembleia em si, inclusive e sobretudo como junção corpórea visível), nos mesmos moldes propostos por Verónica Gago<sup>20</sup>, esbarra justamente nessa aparente contradição: ao mover, primeiramente, o sentido do democrático do teor da manifestação em si, e ao legitimar o ato de assembleia como político-democrático em uma nota mesmo anterior à da ação dos eixos valorativos que avaliariam esse contexto, a tese parece ser incongruente. Quando dá valor e destaque à questão do corpo literalmente tomado como objeto e veículo discursivo, a autora assente para com a primazia elementar de um direito de reunião/assembleia como ato político bruto ou primal. Assim, ela cinde a própria ideia de direito de assembleia (reunião) daquela de direito de expressão (agenda) do que a assembleia visa manifestar<sup>21</sup>, podendo estar cedendo terreno para o componente de saída da argumentação que aqui se quer contraditar: a falácia de que a democracia reside e opera na possibilidade de expressão, mais do que inclusive em relação ao objetivo ou consequência (ou valor) do que se expressa ou quer expressar.

Quiçá a questão não se resolva em um plano, mas em dois: a exigência de conflagração democrática do ato manifestante não é a mesma da avaliação em um segundo momento sobre a pertinência ou a checagem a respeito de, substancialmente, verificar um ideal que pode ser tranquilamente antidemocrático no manifesto. Essa checagem em dois momentos talvez sirva para aplacar o visível desconforto de Butler em rechaçar a negativa de possibilidade de assembleia de manifestantes - tais como aqueles reunidos em grupos discriminatórios - ao mesmo tempo em que alerta para sua frontal discordância política com estas pautas. Em realidade, parece justamente que o assentimento para com a existência de um direito de manifestação - ou de reunião - oferece um primeiro movimento lógico-inafastável que dá condições para a checagem ou revide. Sequer soa bem, e tem mecanismos discursivos propícios de defesa, um contexto de interdição de caracteres básicos, como a reunião em si. Isso vai ofertado de modo que é, ou seja, da ordem de uma esteira ou tom político que não pode ser simplesmente evitado (a confluência de pessoas, de corpos, de ideias). Não há como praticar o cancelamento preliminar de ideias, bem como deixar de reconhecer um grau incipiente

20 GAGO, Verónica. *La potencia feminista: o el deseo de cambiarlo todo*. Madrid: MAPAS/Traficantes de Suenos, 2019, p. 174.

21 BUTLER, Judith. *Corpos em aliança e a política das ruas: notas para uma teoria performativa da assembleia*. Trad. Fernanda Siqueira Miguens. 1 ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2018, p. 14.

de legitimidade que resida na própria verificação de seu atrelar às pessoas que as possuem. Elas existem, afinal.

A reunião, a assembleia, o trânsito ideário dela e nela, se dota, em si, de um materialismo próprio<sup>22</sup>. A assembleia (enquanto fato e enquanto direito) é distinta da liberdade de expressão – ela “fala por si”<sup>23</sup>. O poder de reunião é uma formidável arma política, mas não se confunde com o teor da expressão manifestada, o que pode gerar algo como uma necessidade cívica de se reconhecer um direito de assembleia/reunião pautado na democracia de forma bruta, porém uma necessidade de pertinência temático-democrática que poderia ser questionada sob o segundo prisma ou nível de leitura. Coerente, e não incongruente, Gago estabelece um viés de análise que não obstrui os corpos e garante o papel potente do direito elementar de reunião como atrelado ao núcleo democrático substancial. Porém, em nenhum momento, faz dele o único patamar de conformação democrática, nem associa ele a uma liberdade independente ou desconectada daquilo que a reunião ou manifesto carrega em termos de objetivo e conteúdo. Uma coisa é uma constatação – outra, distinta, é a proposta política que se defende a partir daí.

Essa constatação de que não se pode ontologizar – ou pautar, diretamente – o curso multitudinal é essencial: nesse sentido, a esteira trazida por Butler viabiliza a ponderação de que não se busca algum tipo de análise fiscal, que se crê investida do poder de autorizar, desautorizar ou interditar certo tipo de manifestação liminarmente, mas, sim, o de assumir a necessidade de trabalho com uma politização de ruptura para fins de produção biopolítica, emancipação e estímulo para a assunção de certos nortes ou vetores.

Isso leva a justamente reforçar a ideia de que uma tentativa de agendamento de um conteúdo ou fronteira democrática imposta verticalmente fracassa por operar na parcela adversária da discussão: o reconhecimento do valor político do corpo, do sujeito em si mesmo, não pode ostentar uma cartilha política anterior ao próprio fato da reunião como acontecimento. Nem serve para impor tonalidades democráticas de plano. O reconhecimento da ingovernabilidade natural da multidão, e do teor político da assembleia/encontro/voz anterior à própria formação política legal ou mediada estatalmente, é algo que se assume, procurando-se trabalhar em sua transformação e nunca, totalitariamente, em sua formação cogente. Política – ou uma genuína produção biopolítica – operaria nessa transformação, e não alheia a ela, em uma tentativa de neutralizar a ingovernabilidade multitudinal

22 GAGO, Verónica. *La potencia feminista: o el deseo de cambiarlo todo*. Madrid: MAPAS/Traficantes de Sueños, 2019, p. 162.

23 BUTLER, Judith. *Corpos em aliança e a política das ruas: notas para uma teoria performativa da assembleia*. Trad. Fernanda Siqueira Miguens. 1 ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2018, p. 173.

sacralizando-a<sup>24</sup>. Estipular um patamar e uma base democráticas (e lutar por elas) não se confunde com calar vozes, senão no sofisma que prescinde do conteúdo desses brados para impor sua verdade.

## 2.2 Combate à(s) precariedade(s): substrato dos direitos fundamentais e função democrática

A mescla entre possibilidade de expressão e legitimidade/adequação/correção do teor expresso aqui faz par com outra confusão, constante e conveniente, entre uma limitação na segunda esfera (contestando expressões que vetem ou oprimam desenvolvimentos de subjetividade) com uma espécie de policiamento opressivo que visa sujeição. Nova armadilha, que se vale da roupagem democrática como ausência total de amarras ou interditos para forçosamente emplacar uma ideia solta que, justamente e não raro, ocasiona fortalecimento de plataformas totalitárias. A democracia, nesse ideário, acaba tragicamente vista não como substância ou grau de operacionalidade, mas como símbolo (vazio) que vai mediar a racionalidade e a construção da identidade a partir de uma canhestra noção de liberdade(s) que não carregam obrigação de diálogo com seu entorno político. Termina, assim, ironicamente, a produzir e autorizar sujeição (dominada e dominadora), ao invés de viabilizar subjetividade enquanto autoconstrução crítica<sup>25</sup>.

No fundo, a proposta se assenta em uma noção rota do feixe entre liberdade(s) e autonomia para, fundada nessa noção reforçada e equivocada de uma democracia eticamente translúcida, permitir descalabros, como se não pudessem de antemão ganhar tal classificação. Toda uma ordem de conclusões que se pode perceber a partir de uma crítica a um dos pilares fundamentais desse equívoco – que também ganha sua cota de distorção total – residente na noção liberal de individualismo: não deixa de ser fácil uma defesa quixotesca e meramente retórica de elementos de uma liberdade vista como exercício intempestivo de quaisquer desejos ou paixões<sup>26</sup>, apontando para fatores limitadores não como urgência ética, mas como freios malévolos ou nuances fascistas. A batalha por uma democracia sem preenchimento – e que consiste apenas em se anunciar como liberdade – é método da despolitização neoliberal, bem como arma para quem intenta desatrelar a própria democracia da inaceitabilidade de que pessoas constituam sua subjetivi-

24 HARDT, Michael. NEGRI, Antonio. *Assembly: a organização multitudinária do comum*. Trad. Lucas Capinelli e Jefferson Viel. 1 ed. São Paulo: Politeia, 2018, p. 59.

25 RUIZ, Castor M. M. Bartolomé. *Os labirintos do poder: o poder (do) simbólico e os modos de subjetivação*. Porto Alegre: Escritos Editora, 2004, p. 31.

26 *Ibidem*, p. 142.

dade marcadas por uma exposição radical a violências e uma condição existencial de desamparo: precariedade<sup>27</sup>.

A barreira quanto à fiança de discursos que veiculem a aniquilação de subjetividades (e da própria vida, material, em si, em vários contextos, inclusive o literal<sup>28</sup>) é erroneamente tachada como assujeitadora/opressiva, além de ser comumente identificada com um interdito do primeiro plano, quando, em realidade, trabalha, claramente, com o segundo. O campo de uma democracia pode certamente agrupar a mais variada gama de ideais e de propostas de subjetividade, mas precisa modular aquilo que reside como ao menos uma ligeira mirada do que seria seu núcleo irradiador. Não por limitação ou ingerência, e sim por sua própria função e encadeamento com uma ordem ou plataforma que vai lhe colocar em uso. De nada adianta um arcabouço de democracia se não tiver nessa quadra histórica a estrita missão de refrear e impedir que certos tipos de vida sejam legitimamente desqualificados como “vida” e que sua vivência ou perda representem lados da mesma dispensabilidade<sup>29</sup>.

A não assunção da necessidade desse encadeamento e relação (politicamente construída) entre substância democrática e ordem jurídica (ou jurídico-constitucional) só se presta enquanto arma para manter a incômoda homeostase de valores e permissividade ilimitada que alguns identificam (erroneamente) como a alma democrática. E ignora a questão de que a própria subjetividade é constituída por feixes normativos que podem tanto solapar quanto alimentar o reconhecimento<sup>30</sup>. A precariedade à qual essas vidas que (sob vários aspectos) não valeriam luto estão submetidas deveria ser o ponto de partida para um preenchimento de valores fundamentais que tenha, no frontal revide a essa precariedade, o mote principal.

Existe uma relação dual da precariedade na visão de Butler, como é evidenciada em destaque de Hardt e Negri<sup>31</sup>, no sentido de que a autora não nega discursividade (e potência) a partir da comunhão de vulnerabilidades<sup>32</sup> dos(as) precarizados(as). Esse viés da discussão não será ora abordado, dado que o foco é justamente em uma estratégia de deslegitimação/não-normalização do despautério da precariedade em um sentido (dado, também, que a resistência e o discurso desde a vulnerabilidade operam fora da ambiência estritamente jurídica, enquan-

27 BUTLER, Judith. *Corpos em aliança e a política das ruas: notas para uma teoria performativa da assembleia*. Trad. Fernanda Siqueira Miguens. 1 ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2018, p. 87-89.

28 BUTLER, Judith. *Vida precária: el poder del duelo y la violencia*. Buenos Aires: Paidós, 2006, p. 53-58.

29 BUTLER, Judith. *Quadros de Guerra: quando a vida é passível de luto?* Trad. Sérgio Tadeu de Niemeyer Lamarão e Arnaldo Marques da Cunha. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2015, p. 13.

30 Ibidem, p. 17.

31 HARDT, Michael. NEGRI, Antonio. *Assembly: a organização multitudinária do comum*. Trad. Lucas Capinelli e Jefferson Viel. 1 ed. São Paulo: Politeia, 2018, p. 141.

32 CAVALLERO, Lucía. GAGO, Verónica. *Una lectura feminista de la deuda: vivas, libres y desendeudadas nos queremos*. Buenos Aires: Fundación Rosa Luxemburgo, 2019, p. 31-45.

to o embate ao aspecto tétrico das precariedades pode se dar nesse nível – ainda que obviamente não só), e não em outro.

Há, pois, que se passar à discussão político-criminal justamente desse entorno que se coliga, relaciona, invade e contrai mutuamente com as noções de liberdade e subjetividade. E que reside muito mais na esfera política *in natura* de um poder constituinte do que na noção formalmente estabelecida e categórico-conceitual de cidadania. O teor do que serão os direitos fundamentais resplandecidos em uma ordem (que se pretende) democrática precisa aglutinar esse debate, eis que precisa se mobilizar no tempo. Seu engessar é plano, tática e objetivo do fascismo para tornar-lhes insípidos e despotencializados. Não parece haver muito sentido em procurar estipular conceitos de direitos fundamentais que materializem ideais e plataformas verdadeiramente democráticas que partam tanto de uma autonomia do político ou um isolamento do jurídico em relação a demandas efetivas e a violações de cariz tão básico.

A luta pelos direitos fundamentais, nessa quadra histórica, só pode ser uma luta contra a precariedade e os elementos que atravancam o próprio viver – nos moldes de uma luta por uma concepção de obrigação ética<sup>33</sup>, com fundamento na consciência dessa precariedade e em múltiplas inaceitabilidades. Uma prática de ação, manifestação ou expressão que evidencie e perpetue as faces dessas precariedades não pode ser democrática fora desse simulacro de um conceito de democracia. Do mesmo modo, um lastro de direitos fundamentais que anima e viabiliza um legítimo teor democrático não pode ser buscado se não por um substrato que negue uma autonomização do político e uma espécie de incomunicabilidade plena desse com o jurídico-constitucional.

### **3 A opção constitucional sobre a Liberdade de Expressão: o preenchimento valorativo dos direitos fundamentais e os compromissos jurídico-políticos atinentes a partir do Decreto nº 10.932/2022**

A Constituição Federal já estipulava, desde sua redação original, a possibilidade de ampliação do rol de direitos e garantias fundamentais por ela exibido: trata-se de técnica que se coaduna com a verve política do momento de promulgação e que, sobretudo, visa acompanhar a movimentação atinente à própria prevalência desse espectro de direitos como feixe orientador e como destaque temático. Nesse sentido, crucial que, para não obstaculizar a própria efetividade e o compromisso político exarados no campo, não se possa ver o rol disposto no artigo 5º da Carta como *numerus clausus*, mas como um apanhado de fluxo aberto que abrigue novas necessidades. Diante disso, pode-se dizer que há uma inconstância programática

33 BUTLER, Judith. *Corpos em aliança e a política das ruas: notas para uma teoria performativa da assembleia*. Trad. Fernanda Siqueira Miguens. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2018, p. 81.

no catálogo de direitos e garantias fundamentais consagrados constitucionalmente no Brasil, vez em que a listagem pode ser suplementada mediante condições dispostas.

Busca-se, aqui, uma espécie de alinhamento de consenso internacional onde se criam bases para uma visão assentida de núcleos protetivos e de bens jurídicos ou necessidades que se mostram fruto de opção política: menos uma espécie de soberania internacional inapelável - que tipifica condutas aplicáveis em qualquer contexto - do que um encaixe de escolhas materiais que se assume como primordial nessa quadra histórica. Assim, a Constituição, caracterizada por sua força ou conteúdo fechado em temas categoricamente pétreos, abre-se para remodelagens possíveis e fortalecer a determinação do que são reconhecidamente direitos e garantias fundamentais.

Não apenas se menciona diretamente o texto do parágrafo 2º do artigo 5º - que é a base direta para tal ampliação<sup>34</sup>-, tal qual a possibilidade de consubstanciação das normas e assertivas internacionais nesse contexto (como as menções à “prevalência dos direitos humanos” em seu artigo 4º, inciso II, para diretrizes de relações com outras nações), e mesmo as medidas de apuração e processamento de infrações que tangenciam essa temática e que sejam matéria de tratados (como o incidente de deslocamento de competência definido no artigo 109, inciso V e no respectivo parágrafo 5º, para a investigação de violações a direitos humanos).

Refere-se também toda gama de decorrências que a “Dignidade da Pessoa Humana” tem no mister, vez em que erigida a valor constitutivo tanto da noção constitucionalmente eleita como democrática (“Estado Democrático”) como, literalmente, de um de seus fundamentos, ao lado da “Cidadania” (artigo 1º, incisos I e II, respectivamente). Dessa maneira, é possível perceber a necessidade da inserção de mecanismos, sem que isso perverta ou banalize a própria ideia do rol e sua simbologia. Não haveria maiores problemas na leitura singela do parágrafo 2º ao informar que duas condições prévias (materiais/temáticas) são essenciais para que se inicie essa constatação: (a) a possibilidade de que o rol seja ampliado a partir do reconhecimento de direitos e garantias que ressoem como decorrência daqueles ali dispostos e sua carga valorativa, ou (b) a possibilidade de que o rol seja ampliado a partir de aquisição ou incorporação de novos direitos suscetíveis de guarida a partir de normas de tratados internacionais. Como se frisou, aqui importa a materialidade a partir de uma análise de compatibilidade de valores com aquilo que o rol originário visa inapelavelmente representar.

34 “[...] 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” (BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, 1988. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm) Acesso em 9 jul. 2023).

Logicamente a esse se une um critério procedimental e prático que decorre da própria necessidade de encaixe legislativo e, para isso, exige-se a ratificação do texto mediante ingresso do mesmo na legislação pátria. Desse modo, uma normativa contida em tratado internacional passa por um estágio simbólico de intenção/compromisso político quando este é firmado pelo Executivo Federal, é elegível ao patamar constitucional quando seu teor tem sintonia evidente com o espectro axiológico defendido pela Carta e completaria esse processo com a ratificação que introduziria, por exemplo, com a aprovação e a publicação de um Decreto, o texto do pacto internacional no âmbito doméstico. A isso, desde o ano de 2004, com a Emenda Constitucional nº 45, uniu-se mais uma dimensão legal que visa conferir maior proteção ao tom constitucional desses direitos reconhecidos: com a inclusão dos parágrafos 3º e 4º ao artigo 5º<sup>35</sup>, para que haja a amplificação do rol disposto ao longo do artigo 5º, os critérios materiais e de ratificação interna são aliados a uma necessidade de votação qualificada que, por um lado, protege com mais rigor o conteúdo do que se pode chamar de disciplina constitucional dos Direitos e Garantias Fundamentais (e sua imediata aplicabilidade – condicionando criação, operação e aplicação do direito). Por outro, de certa forma, corre-se o risco de se esvaziar a prevalência material do critério principal de afinidade temática (e ideológica) que a Carta originalmente predispunha, a qual, em relação à política criminal legislativa, tem por pressuposto a relevância dos bens jurídicos a que se espera tutela.

Como a intenção não é discorrer nuclearmente sobre esse aspecto do debate, passa-se diretamente a dispor sobre um dos mais recentes tratados internacionais que obteve êxito político-legislativo em todas as etapas para sua formalização e vigência enquanto conteúdo da ampliação prevista – e, por conseguinte, *status* de aplicabilidade constitucionalizada para as definições e preceitos que ostenta: a Convenção Interamericana contra o Racismo, a Discriminação Racial e Formas Correlatas de Intolerância, assinada pelo Brasil em 2013, promulgada no voto qualificado bicameral ao longo de 2021, depositada em instrumento ratificador junto à Secretaria Geral da Organização dos Estados Americanos (OEA) no mesmo ano, e vigente internamente, enfim, pelo ato do Gabinete Presidencial no Decreto nº 10.932/22.

O texto (que integra o teor do Decreto referido) tem uma base preambular que se sustenta em alguns eixos de premissas: não apenas revigora as noções típicas liberal-individualistas de igualdade comumente assentidas conceitualmente

35 “[...] 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” (BRASIL. Emenda Constitucional nº 45, de 30 de dezembro de 2004. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/emendas/emc/emc45.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc45.htm) Acesso em 22 fev. 2023).

(em tratados prévios de grande adesão, como a Declaração Universal dos Direitos Humanos e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos), como reconhece que “[...] o fenômeno do racismo demonstra uma capacidade dinâmica de renovação que lhe permite assumir novas formas pelas quais se dissemina e se expressa política, social, cultural e linguisticamente”<sup>36</sup>; também conferindo menção expressa às violações nesse sentido sofridas por minorias como afrodescendentes, indígenas, dentre outras; situando pilares de pluralismo político como fundamentais à construção de efetiva democracia; e assumindo a marginalização de populações afetadas com os fatores discriminatórios atinentes e a escalada quantitativa dos crimes de ódio (assim denominados) referentes, em breve resumo.

Nos itens componentes do artigo 1º da Convenção, o de n. 6 chama a atenção por dispor sobre a intolerância, definida como “[...] ato ou conjunto de atos ou manifestações que denotam desrespeito, rejeição ou desprezo à dignidade, características, convicções ou opiniões de pessoas por serem diferentes ou contrárias”. É fator que certamente amplia o alcance das normativas até então diretamente ligadas ao que se poderia agrupar étnico e socialmente dentre uma definição de racismo. Traz o mesmo dispositivo que a intolerância “[...] pode manifestar-se como a marginalização e a exclusão de grupos em condições de vulnerabilidade da participação em qualquer esfera da vida pública ou privada ou como violência contra esses grupos”<sup>37</sup>. A isso se soma a diretriz do artigo 2º, salientando que a proteção almejada pela Convenção é um direito frente às formas de menosprezo de raiz étnico-racial tanto quanto o é ante as ameaças representadas por “formas correlatas de intolerância”<sup>38</sup>.

Para além das propostas afirmativas de tonalidade político-administrativa que os estados membros se comprometem a implementar e fomentar, interessa, aqui, o teor do artigo 4º, que dispõe uma série extensa de medidas jurídico-penais quanto à definição de o que seriam manifestações – na espécie – dos conceitos discriminatórios e intolerantes vedados. Mais do que definições sobre tipos de configuração da violência (como por exemplo, o item V, que dispõe sobre ações persecutórias que se baseiem não em suspeitas criminais efetivas, e sim nas características pessoais da pessoa suspeita), ou sobre como ela também pode se configurar (tal como a previsão do item XII, que veda pesquisas no campo da genética que possam gerar conteúdo de critérios de seleção humano), há um ponto específico sobre o qual ora se procura discorrer: é o que vem elencado nos itens I

36 BRASIL. Decreto nº 10.932, de 10 de janeiro de 2022. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2022/decreto/d10932.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2022/decreto/d10932.htm) Acesso em 9 jul. 2023.

37 BRASIL. Decreto nº 10.932, de 10 de janeiro de 2022. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2022/decreto/d10932.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2022/decreto/d10932.htm) Acesso em 9 jul. 2023.

38 BRASIL. Decreto nº 10.932, de 10 de janeiro de 2022. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2022/decreto/d10932.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2022/decreto/d10932.htm) Acesso em 9 jul. 2023.



e II do mesmo artigo. No item I, lê-se que o Estado signatário deve proibir, punir (para além de objetivar prevenir e eliminar): “apoio público ou privado a atividades racialmente discriminatórias e racistas ou que promovam a intolerância, incluindo seu financiamento”<sup>39</sup>. No item II, a proibição é quanto a “publicação, circulação ou difusão, por qualquer forma e/ou meio de comunicação, inclusive a internet, de qualquer material racista ou racialmente discriminatório”<sup>40</sup>, sendo que essa manifestação pode ser (conforme alínea *a*) tanto a que “defenda, promova ou incite o ódio, a discriminação e a intolerância”<sup>41</sup>, quanto (conforme alínea *b*), aquela que “tolere, justifique ou defenda atos que constituam ou tenham constituído genocídio ou crimes contra a humanidade, conforme definidos pelo Direito Internacional, ou promova ou incite a prática desses atos”<sup>42</sup>.

Da constatação de que o texto convencional deixa pouca margem para debate sobre quais opções valorativas são adotadas e defendidas pelo seu teor – e por conseguinte, assumidas pelos Estados signatários – pode-se partir para uma segunda constatação fática (simbolizada pela aderência do teor normativo do texto ao patamar constitucional brasileiro): parece definitivamente encerrada – nos termos da abstração legal – uma longa discussão jurídica (e política) sobre eventuais confrontos opõem dita liberdade de expressão/manifestação e seus supostos limites turvos nas questões que poderiam gerar implicação criminal via discriminação, racismo, intolerância e plataformas similares.

Por mais que, aparentemente, a temática já fosse de certa maneira passível de pleno esclarecimento, a discussão sempre atingiu mais um âmbito político-ideológico de efervescência do que propriamente de definições legais estanques. O texto constitucional é pleno de referências tanto mediatas quanto diretas sobre a questão – vide o artigo 3º, IV da Carta, que coloca a promoção do bem de todos, “sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação” como objetivo fundamental da República e o mandado expresso de criminalização estampado no inciso XLII do artigo 5º – “a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei”. No plano da lei federal, tal mandado se coliga a mecanismos como os ditames da Lei nº 7.716/1989 e do Código Penal, em seu art. 140, §3º.

39 BRASIL. Decreto nº 10.932, de 10 de janeiro de 2022. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2022/decreto/d10932.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2022/decreto/d10932.htm) Acesso em 9 jul. 2023.

40 BRASIL. Decreto nº 10.932, de 10 de janeiro de 2022. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2022/decreto/d10932.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2022/decreto/d10932.htm) Acesso em 9 jul. 2023.

41 BRASIL. Decreto nº 10.932, de 10 de janeiro de 2022. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2022/decreto/d10932.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2022/decreto/d10932.htm) Acesso em 9 jul. 2023.

42 BRASIL. Decreto nº 10.932, de 10 de janeiro de 2022. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2022/decreto/d10932.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2022/decreto/d10932.htm) Acesso em 9 jul. 2023.

Com o avanço social de pautas que orbitam nesse núcleo, direitos de populações vulnerabilizadas – como os relativos à expressão e orientação sexual do espectro LGBTQIAPN+, por exemplo – que já deveriam receber guarida (vide o inciso XLI do artigo 5º: “a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais”), tiveram importante reafirmação no debate jurídico a partir, por exemplo, de decisões como a da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO) nº 26, julgada pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, que determina que discursos de ódio, hostilidades e violência atrelada às condições de gênero, identidade ou orientação sexual definitivamente não apenas não encontram amparo na visão constitucional de liberdade(s) de expressão como clamam por medidas legislativas mais amplas de combate frontal. Segundo a decisão, a dignidade humana e o princípio da igualdade são bens jurídicos tutelados pela Lei nº 7.716/1989; a identidade de gênero, nesse sentido, seria parte da dignidade humana e, então, a homofobia precisa ser contemplada em tal hipótese de criminalização, dada a dolosa mora do Congresso Nacional em não aprovar qualquer projeto de lei que insira, diretamente, a violência contra a população LGBTQIAPN+ no texto da lei <sup>43</sup>.

Por esse mesmo motivo não se confundem, por exemplo, “discursos de ódio” (tal temática de relevância política central e assumida do próprio esquema republicano) com crimes contra a honra em sentido geral (para reivindicar o uso do direito penal), bem como não se confunde um debate sobre exercício de opinião (ou crença, manifestação, ideologia) livre com aquilo que já fora estipulado politicamente como ofensa ao padrão que se busca. Tanto o é que a violência estatal e institucional também deve ser objeto de controle e discussão quando se pensa em coibir os discursos de ódio.

É possível sintetizar esse conjunto de reflexões em uma série de proposições: (a) uma interpretação que não fosse pura e exclusivamente dedicada a alargar retoricamente os confins do debate já daria como óbvia a questão de que as liberdades de expressão e manifestação não são absolutas em nosso Direito; (b) a Constituição conta, desde sua promulgação, com uma série de disposições (mandamentais, normativas e axiológicas) que já sustentava a problemática e sua resposta, a partir de manifestação clara sobre tanto essa limitação quanto o trato legal que ela merece receber; (c) a assunção de teor como aquele disposto na Convenção incorporada pelo Decreto nº 10.932/2022 evidencia a resolução direta do eventual problema sobre a existência de limites para essas liberdades; (d) a ruptura desses

43 A ADO nº 26 se refere diretamente ao Projeto de Lei da Câmara nº 122/2006 e foi julgada em 2019; uma simples consulta aos sítios eletrônicos da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, é possível encontrar 19 novos Projetos de Lei em tramitação na Câmara dos Deputados e 5 novos Projetos de Lei no Senado Federal.

limites enseja uma responsabilização jurídica (mormente jurídico-penal) programada pelo(s) texto(s) constitucional (e constitucionalizado).

Dito isso, é importante partir para outra rodada de constatações a respeito desse feixe legal-constitucional: (a1) há que se problematizar, inclusive, o que se procura entender como liberdades e exercícios correlatos, vez em que um vício de origem da visão liberal-individualista-contratualista tende a fetichizar a possibilidade transcendente de vivificação desses direitos, conteúdos e parâmetros, em detrimento da materialidade efetiva deles enquanto práxis; (b1) os valores e ditames constitucionais não são padrões intocáveis que comportam uma visão imobilizada, justificando-se pela própria exibição, senão que legítimo palco de disputa política por preenchimento, reafirmação e conferência de sentidos e pautas – evitando o recair na armadilha de que a democracia constitucional é baluarte (e bastante) em si; (c1) atualizações, incorporações e desdobramentos de sentidos e mandamentos, tais quais os dispostos na Convenção incorporada pelo Decreto nº 10.932/2022 são importantes porque exibem justamente e de forma mais incisiva o real centro da discussão, que é a necessidade de reforço material para demonstrar o que verdadeira e politicamente se deve querer com esse tipo de regramento, que é tanto o desvelar quanto o enfrentar de precariedades analisadas no contexto factual – rejeitando-se ilações etéreas que generalizam direitos em proposta, mas que escapam de concretude; e (d1) uma das formas mais agudas desse movimento para retomar uma concretude é assumir que câmbios sociais e alterações tectônicas no campo jurídico e político precisam se dar através de propostas de visualização e cumprimento sensíveis – sem, contudo, recair em maniqueísmos nem muito menos em antigas esperanças crédulas quanto a alvos ou pontos ótimos transcendentais (como uma crença em uma mudança social guiada/capitaneada por mandamentos criminais/punitivos). Uma espécie de *recall* do argumento que se esquiva de ingenuidades ideológicas, mas retoma a possibilidade palpável de certos compromissos políticos, institucionais, sociais e, sobretudo, constitucionais.

#### **4 Novos (e velhos) paradoxos sobre tolerância (e responsabilização criminal): como o discurso de ódio pode ser interpretado no Direito Penal brasileiro?**

O Decreto nº 10.932/2022 estabelece o compromisso dos Estados-partes em “adotar legislação que defina e proíba expressamente o racismo, a discriminação racial e formas correlatas de intolerância”, conforme seu artigo 7. Tal previsão legal também deve se aplicar a pessoas físicas, jurídicas, aos setores público e privado, em todas as áreas profissionais. O artigo 10, por sua vez, determina a necessidade de tratamento equitativo e não discriminatório e a reparação “justa nos âmbitos civil e criminal, conforme pertinente”. Em um primeiro momento, pode-se interpretar que o Brasil, em certa medida, já cumpre tais disposições, em razão da

existência da Lei nº 7.716/1989. Porém, a amplitude do conceito convencional de discriminação e as reflexões de Judith Butler em relação ao caráter performativo dos discursos de ódio<sup>44</sup> podem nos indicar a necessidade de novas perspectivas teóricas e práticas – em especial, no campo político-criminal. Butler<sup>45</sup> indica que

[...] o poder atribuído ao discurso de ódio é um poder de agência, performatividade e transitividade absolutas e efetivas (o discurso de ódio faz o que diz e faz o que diz que fará àquele a quem se dirige). É exatamente a esse poder da linguagem *jurídica* que nos referimos quando requeremos que o Estado efetue a regulamentação do discurso injurioso. O problema não é, então, que a força do performativo soberano seja incorreta, mas sim que ela é incorreta quando cidadãos a utilizam; no momento em que o estado se serve dela para intervir, ela é, nesses contextos, correta.

Assim, a condição precária a que Butler faz menção está imbuída do poder que a linguagem tem – e, nesse sentido, que o Estado também possui, sobretudo pelo discurso jurídico – de dizer o que é e o que não é violência, quem – e como – se sente vítima de discursos que incluem falas, gestos, símbolos. Butler problematiza algo central neste debate: o que fazer quando o próprio Estado é o perpetrador da violência? Como estabelecer limites entre o que são “discursos que machucam” e o que estaria incluído no campo da liberdade de expressão – e, nesse sentido, fora do controle estatal?

A autora relaciona o sentido do performativo aos possíveis impactos que os discursos de ódio podem gerar. Transpondo esta discussão ao campo político-criminal, é importante retomar o sentido de bem jurídico-penal. Para Winfried Hassemer, o Direito Penal, em um Estado Democrático de Direito, é “(...) uma concepção de ação teórico-prática de controle formal da conduta desviante, que precisa ser aperfeiçoada teoricamente e referir-se a circunstâncias práticas jurídico-políticas e gerais socialmente transformadoras”<sup>46</sup>.

Quando se pensa na concepção de bem jurídico que envolve todos os sentidos de discriminação e intolerância abrangidos pelo Decreto nº 10. 932/2022, a preocupação persiste em relação a o que e como o Estado desenvolverá em relação às ações possíveis para a contenção da propagação de tais discursos. Para tanto, importante indicar o que foi nomeado como “discurso de ódio” pelo Grupo de Trabalho do Ministério dos Direitos Humanos e da Cidadania<sup>47</sup>:

44 BUTLER, Judith. *Discurso de ódio: uma política do performativo*. São Paulo: Editora Unesp, 2021.

45 BUTLER, Judith. *Discurso de ódio: uma política do performativo*. São Paulo: Editora Unesp, 2021, p. 133.

46 HASSEMER, Winfried. Desenvolvimentos previsíveis na Dogmática do Direito Penal e na Política Criminal. *Revista Eletrônica de Direito Penal e Política Criminal*. Porto Alegre, n. 1, v. 1, 2013, p. 43.

47 BRASIL. Ministério dos Direitos Humanos e da Cidadania. Relatório de recomendações para o enfrentamento do discurso de ódio e o extremismo no Brasil. Brasília, 2023, p. 28.

Se pensarmos o ódio associado ao discurso e às práticas, aproximando-se da noção de discurso de ódio, as discussões realizadas pelo GT trataram sobre o uso público da linguagem orientado aos crimes da palavra (difamação, injúria e calúnia), estigmas, preconceitos, discriminações e intolerâncias. O discurso de ódio assenta-se no uso coletivo da linguagem para salientar repetidamente códigos de comoção e gramáticas de pertencimento e segregação, incitando uma ação coletiva que propaga, escala e intensifica a repetição e o contágio e, consequentemente, o risco e dano contra pessoas, comunidades ou populações.

Nota-se, neste conceito, o uso das exatas expressões dadas pelo Decreto nº 10.932/2022, além da ênfase ao caráter público da enunciação da fala. O “uso coletivo da linguagem”, no contexto da propagação de discursos de ódio, remete-nos ao que Butler, discutindo as contribuições de Austin e Matsuda, enuncia como forma de encadeamento desta violência que depende do performativo para subsistir<sup>48</sup>. Tal “uso coletivo da linguagem” é abrangente, no sentido de agregar, em torno deste conceito, gestos, frases, *posts* em redes sociais, para além dos discursos em reuniões coletivas, livros ou outros tipos de publicação oral ou impressa. O “uso coletivo da linguagem” pode ser pensado como a reunião de técnicas e práticas discursivas que devem ser levadas em consideração não apenas em relação a “o que” significam, mas “como” significam, para que a análise sobre eventual risco à violação a direitos e garantias fundamentais possa ser reconhecida.

Essa não é tarefa fácil. Primeiro, porque pode ser considerada contraditória ao que se chama de “política criminal moderna”: a ênfase no risco à tutela ao bem jurídico é medida cada vez mais utilizada para novas hipóteses de criminalização primária – como diversos campos da Criminologia Crítica e da Política Criminal têm criticado nos últimos dez anos; por outro lado, entende-se o caráter simbólico da nomeação de um bem jurídico como “dignidade da população LGBTQIAPN+” como relevante pelo Supremo Tribunal Federal, a ponto de se reconhecer a homofobia como conduta violadora a tal bem jurídico, necessitando-se, assim, da devida resposta penal. Adicionando outra camada crítica, em um país cuja seletividade em relação aos crimes de racismo é profunda<sup>49</sup>, o campo simbólico de tal decisão apenas se agravaria.

Nesse sentido, as atuais ações são importantes, mas nos parece que o Decreto nº 10.932/2022 abre uma janela de oportunidade potente para a discussão sobre a estratégia de combate à discriminação e à intolerância no Brasil. Na mesma linha,

48 “A violência da linguagem consiste em seu esforço de capturar o inefável e destruí-lo, de agarrar-se àquilo que deve continuar sendo inapreensível para que a linguagem possa continuar a funcionar como uma coisa viva” (BUTLER, Judith. *Discurso de ódio: uma política do performativo*. São Paulo: Editora Unesp, 2021, p. 24).

49 MACHADO, Marta; SANTOS, Natália Nêris da Silva; FERREIRA, Carolina Cutrupi. Legislação antirracista punitiva no Brasil: uma aproximação à aplicação do Direito pelos Tribunais de Justiça brasileiros. *Revista de Estudos Empíricos em Direito*, 2015, v. 2, n. 1. Disponível em: <https://revistareed.emnuvens.com.br/reed/article/view/54> Acesso em 9 jul. 2023.

o relatório do Grupo de Trabalho formado pelo Ministério dos Direitos Humanos definiu áreas estratégicas de atuação: a misoginia e a violência contra as mulheres; o racismo contra pessoas negras e indígenas; o ódio e a violência contra pessoas LGBTQIA+; a violência contra estrangeiros e contra nacionais das Regiões Norte e Nordeste; o ódio e a violência contra pessoas e comunidades pobres; a intolerância religiosa; o capacitismo; o idadismo; a violência escolar, o ódio contra profissionais da ciência e da imprensa, a violência política e o neonazismo <sup>50</sup>.

Uma reflexão mais crítica sobre a necessidade de articulação entre Criminologias, Política Criminal, Direito Penal e Processo Penal, no que se refere ao enfrentamento aos discursos de ódio no Brasil, precisaria levar em conta respostas mais amplas do sistema de justiça – não necessariamente apenas o sistema de justiça criminal, mas o sistema de justiça como um todo, envolvendo ações de indenização coletivas, ações civis públicas, ações trabalhistas, dentre outras possibilidades. Medidas (coletivas) de reparação devem ser consideradas medidas político-criminais. Esse mecanismo é reconhecido pela Convenção Interamericana contra o Racismo, a Discriminação e outras formas de Intolerância e pode ser uma estratégia institucional, convencional e constitucional de fortalecimento da democracia.

## 5 Considerações finais e aportes de conclusão

Há, sem dúvida, um tom farsesco (mas jamais desconsiderável) da discussão em tela, trabalhando justamente com dois pilares importantes: o fator de que a eleição de preenchimento nuclear para a democracia não precisa se furtrar de se assumir enquanto escolha axiológica e o fator de que existe, de fato, lastro social e político para a democracia que reafirma o *core* significativo do termo. Quanto ao primeiro fator, é necessário defender que a existência (eleita) de um grau mínimo de vetores e padrões não precisa se fundar em tom de imposição, e sim em tom de proposta ou estratégia de viabilidade. Quanto ao segundo, demonstrar que existem elementos sociais materiais para conformar a democracia – jamais antidemocraticamente – em um tipo de postura que não se coliga, por definição, à validação de agendas de destruição ou captura da alteridade.

O problema enfrentado por composições político-filosóficas, sociais e mesmo jurídicas que se erigem a partir de bases democráticas, ao buscar contraposição a um grau de obscurantismo político de tons totalitários e antagonistas, está no âmago do próprio debate: a defesa de valores assim ditos democráticos oportuniza o turno de ataque da outra frente, que questiona justamente a idiosincrasia aparentemente residente entre se procurar defender a democracia instituindo interditos a exposições, manifestações e tomadas de posicionamentos. É cenário óbvio a contra crítica que identifica como antidemocrático o movimento que visa – em nome da democracia – calar vozes e suprimir ideários.

<sup>50</sup> BRASIL. Ministério dos Direitos Humanos e da Cidadania. Relatório de recomendações para o enfrentamento do discurso de ódio e o extremismo no Brasil. Brasília, 2023, p. 28-34.

Nessa contenda, a defesa de uma democracia lastreada em valores-padrão e em direitos fundamentais (ou assim tornados por força constituinte-legislativa) parece enfraquecida desde um questionamento interno ante sua própria base de cálculo: enquanto a manifestação (seja qual ela for e que teor exiba) está fundada em um preceito básico e linearmente democrático (o de livre expressar), a contradição está baseada em um – aparentemente – duvidoso critério que ancora a democracia em uma série de bastiões eleitos ou tomados como ponto ótimo.

Assim, expõem-se, aqui, notas de aportes conclusivos para colaborar com a discussão constitucional e político-criminal atinente ao tema:

- I. Se o conteúdo dos direitos fundamentais não espelhar e se coadunar de forma contingente com os substratos de demandas materiais opostas às precarizações (em múltiplos sentidos) das vidas que se perfazem “indignas de luto” (por essa própria consideração), não passam de listagem moralmente assentida e suficiente para perdurar em uma noção tragicamente formal;
- II. Se o panorama constitucional de exibição, defesa e efetividade (alardeada) dessas normativas e definições não se pautar pela mesma lógica, igualmente se apequena enquanto carta de intenções retóricas que não diz para com qualquer aspecto prático, e se avizinha da versão despolitizada digna da racionalidade e subjetividade neoliberais – bem como se os acréscimos, mutações e ampliações constitucionais não disserem para com uma assunção de escolhas políticas que o são;
- III. Manifestações condizentes com exercício livre de expressão ou ideário com fulcro democrático não podem ser coligadas a uma inconsequência quanto aos efeitos de aniquilação ou negativa existencial de corpos, subjetividades, orientações, opções, práticas e expressões outras, salvo em uma visão de “democracia” que se ocupa apenas de balizas formais para se afastar da própria responsabilidade quanto a seu conteúdo;
- IV. Não há que se igualar uma escolha de bens jurídicos penais lastreada em uma dignidade/ permissividade constitucional a outros que se colocam como imposições de um cerne democrático bem postado e assumido enquanto proposta política determinada.

Imprescindível que, para combater sua erosão ou deliberado desfazimento, há que se entender a raiz da democracia como um campo de lutas e de feitura móveis. A exibição transcendental dela encarnada apenas em um rol ou estatuto fixo de caracteres (que consiste mais em sua amostragem do que no que pretende implementar – e, mais importante: evitar – no mundo) é ponta de lança do ideário totalitário em dois sentidos: não se presta à proteção daquilo que intenta, e esconde a luta pelo preenchimento/colonização de contextos e sentidos que o fascismo trava sem assumir.

## Referências bibliográficas

- AUGUSTO, Acácio; WILKE, Helena. Racionalidade neoliberal e segurança: embates entre democracia securitária e anarquia. In: RAGO, Margareth; PELEGRINI, Maurício (org.). *Neoliberalismo, feminismos e contracondutas*: perspectivas foucaultianas. São Paulo: Intermeios, 2019. p. 225-245.
- BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, 1988. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm) Acesso em 4 jan. 2023.
- BRASIL. Decreto nº 10.932, de 10 de janeiro de 2022. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Atos2019-2022/2022/Decreto/D10932.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Atos2019-2022/2022/Decreto/D10932.htm) Acesso em 9 jul. 2023.
- BRASIL. Emenda Constitucional nº 45, de 30 de dezembro de 2004. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/emendas/emc/emc45.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc45.htm) Acesso em 22 fev. 2023.
- BRASIL. Ministério dos Direitos Humanos e da Cidadania. Relatório de recomendações para o enfrentamento do discurso de ódio e o extremismo no Brasil. Brasília, 2023. Disponível em: <https://www.gov.br/mdh/pt-br/assuntos/noticias/2023/julho/mdhc-entrega-relatorio-com-propostas-para-enfrentar-o-discurso-de-odio-e-o-extremismo-no-brasil> Acesso em 9 jul. 2023.
- BROWN, Wendy. *Undoing the demos*: neoliberalism's stealth revolution. New York: Zone Books, 2015.
- BUTLER, Judith. *Corpos em aliança e a política das ruas*: notas para uma teoria performativa da assembleia. Trad. Fernanda Siqueira Miguens. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2018.
- BUTLER, Judith. *Discurso de ódio*: uma política do performativo. Trad. Roberta Fabbri Viscardi. São Paulo: Editora Unesp, 2021.
- BUTLER, Judith. *Quadros de guerra*: quando a vida é passível de luto? Trad. Sérgio Tadeu de Niemeyer Lamarão e Arnaldo Marques da Cunha. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2015.
- BUTLER, Judith. *Vida precária*: el poder del duelo y la violencia. Buenos Aires: Paidós, 2006
- CASTRO-GÓMEZ, Santiago. *Historia de la gubernamentalizad*: razón de Estado, liberalismo y neoliberalismo en Michel Foucault. Bogotá: Sigo del Hombre Editores; Pontificia Universidad Javeriana - Instituto Pensar; Universidad Santo Tomás de Aquino, 2010.
- CAVALLERO, Lucía. GAGO, Verónica. *Una lectura feminista de la deuda*: vivas, libres y desendeudadas nos queremos. Buenos Aires: Fundación Rosa Luxemburgo, 2019.
- DARDOT, Pierre. LAVAL, Christian. *A nova razão do mundo*: ensaio sobre a sociedade neoliberal. Trad. Mariana Echalar. 1 ed. São Paulo: Boitempo, 2016.
- DIVAN, Gabriel Antinolfi. *Revolução permanente*: ensaio crítico sobre o discurso garantista e a racionalidade neoliberal. Porto Alegre: Elegância Juris, 2020.
- FERRAJOLI, Luigi. *Poderes salvajes*: la crisis de la democracia constitucional. Trad. Perfecto Andrés Ibáñez. Madrid: Trotta, 2013.
- GAGO, Verónica. *La potencia feminista*: o el deseo de cambiarlo todo. Madrid: MAPAS/Traficantes de Suenos, 2019.
- HARDT, Michael; NEGRI, Antonio. *Assembly*: a organização multitudinária do comum. Trad. Lucas Capinelli e Jefferson Viel. 1 ed. São Paulo: Politeia, 2018.
- HARDT, Michael; NEGRI, Antonio. *Bem-estar comum*. Trad. Clóvis Marques. Rio de Janeiro/São Paulo: Record, 2016.
- HASSEMER, Winfried. Desenvolvimentos previsíveis na Dogmática do Direito Penal e na Política Criminal. *Revista Eletrônica de Direito Penal e Política Criminal*. Porto Alegre, n. 1, v. 1, 2013, p. 37-46.
- MACHADO, Marta; SANTOS, Natália Nêris da Silva; FERREIRA, Carolina Cutrupi. Legislação antirracista punitiva no Brasil: uma aproximação à aplicação do Direito pelos Tribunais de Justiça brasileiros. *Revista de Estudos Empíricos em Direito*, 2015, v. 2, n. 1. Disponível em: <https://revistareed.emnuvens.com.br/reed/article/view/54> Acesso em 9 jul. 2023.
- MANTOVANI, Ferrando. *Principi di Diritto Penale*. Padova: CEDAM, 2002.
- RUIZ, Castor M. M. Bartolomé. *Os labirintos do poder*: o poder (do) simbólico e os modos de subjetivação. Porto Alegre: Escritos Editora, 2004.



# PARECER DO MINISTÉRIO PÚBLICO E CONTRADITÓRIO, CONTRIBUTO AO SISTEMA ACUSATÓRIO

JAYME WEINGARTNER NETO<sup>1</sup>

**RESUMO:** o texto examina decisão do STJ que trata do papel do Ministério Público quando atua perante o segundo grau de jurisdição. No precedente, por maioria de votos, a 6ª Turma reafirmou que o Procurador de Justiça, não assumindo a condição de parte ao ofertar seu parecer, pode falar depois da sustentação oral da defesa, salvo em recursos da acusação. Todavia, ao entendimento de que prepondera a função acusatória do Ministério Público, mesmo no papel de fiscal da lei (*custos legis*), conclui-se que deve a defesa manifestar-se por último, em prol da igualdade, da ampla defesa e do contraditório, numa interpretação sistemática que melhor harmoniza os princípios constitucionais em jogo.

**PALAVRAS-CHAVE:** Ministério Público. Custos legis. Sistema acusatório. Contraditório. Public Prosecution Office's Opinion and due process of law, a contribution to the accusatory system

**ABSTRACT:** the paper analyzes the decision by the Superior Court of Justice (STJ) regarding the role of the Public Prosecution Office when acting at appellate level in criminal cases. In the precedent, by a majority of votes, the 6th Panel of the STJ reaffirmed that the Appellate Prosecutor, by offering his opinion to the Court of Appeals, when the appeal was not filed by the plaintiff (i.e., the Public Prosecution Office), can be the last party to address the bench during closing arguments. The paper, construing that the accusatory role of the Public Prosecution Office is preponderant even when it acts as fiscal of the law (*custos legis*), concludes that the interpretation that best harmonizes the constitutional principles at hand is the one that grants the defendant the right to be the last party to address the bench during closing arguments, in light of parity of the parties and due process of law.

**KEY WORDS:** Public Prosecution Office. *Custos Legis*. Due process of law.

**SUMÁRIO:** 1 Introdução; 2 O caso: HC nº 227.414/MG - STJ; 2.1 Maioria: a imparcialidade do *custos legis*; 2.2 Voto-vista: a matriz acusatória não se altera em segundo grau; 3 Decifrando a esfinge?; 3.1 O

<sup>1</sup> Professor da Escola de Direito e do Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais da PUCRS. Mestre em Ciências Criminais pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Doutor em Direito Público pela PUCRS. Desembargador do TJRS. <https://orcid.org/0009-0005-5495-7988>

Ministério Público titular da ação penal: alguma doutrina; 3.2 A função acusatória prepondera, a serviço da igualdade e da ampla defesa, na estrutura do contraditório; 4 A distinção formal, outros problemas e possibilidades; 5 Conclusão; Referências bibliográficas.

## 1 Introdução

Acaba de ser publicado uma substancial (mais de 800 páginas), oportuna e emblemática homenagem aos dez anos de jurisdição do Ministro Rogério Schietti no Superior Tribunal de Justiça.<sup>2</sup> Justa porque a *Festschrift* recai sobre um dos mais destacados magistrados de todos os Tribunais Superiores do país, o que é voz corrente Brasil afora e sem nenhum favor: pela qualidade e cuidados dos seus votos, cuja tessitura argumentativa reflete uma acurada visão sistêmica, uma atilada busca de coerência e integridade rumo a um sistema de precedentes que se vai impondo cotidianamente. Muito mais que efeitos vinculantes, um sistema hígido depende de precedentes persuasivos, cujas razões resplandecem mesmo quando vencidas no colegiado – exatamente como no caso de que me ocupo no presente texto.

O tema: o Ministério Público (MP), o parecer do MP e o contraditório no processo penal brasileiro. Procederei da seguinte forma: inicialmente, apresento a decisão da Sexta Turma no HC nº 227.414/MG (*infra* 1), cuja maioria reafirmou a imparcialidade do Procurador de Justiça que atua como fiscal da lei (*infra* 1.1), destacando o voto vencido do Min. Schietti (*infra* 1.2); na sequência, o esforço é analisar, olhos na doutrina e na conformação constitucional, o papel institucional do *Parquet* como titular da ação penal, sendo que sua função acusatória (de parte) se mantém em segundo grau, pelos fundamentos expostos (*infra* 2); finalmente, na premissa da distinção/duplicidade (uma dialética de complementaridade) assumida, exploro alguns outros tópicos problemáticos, com refração jurisprudencial, que se correlacionam com o esclarecimento anterior (*infra* 3). Concluo, relendo Calamandrei e inspirado no oximoro da parte imparcial, que o voto-vencido do Min. Schietti encontra a melhor resposta para o problema posto.

## 2 O caso: HC nº 227.414/MG – STJ

O julgamento foi realizado em 05/6/2014 pela Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça e versava sobre alegação de nulidade absoluta em processo por tentativa de homicídio qualificado (denúncia de 11/02/2003), ao argumento de que “a manifestação da Procuradoria-Geral de Justiça no segundo grau de jurisdição, da forma que geralmente ocorre, representa incontestável violação aos

2 *Homenagem ao Ministro Rogério Schietti - 10 anos de STJ*. Coord. Benedito Siciliano, Cristiano Verano, Ademar Borges. São Paulo: Migalhas, 2023, 815 pp.

princípios do devido processo legal, da isonomia e do contraditório, o que inviabiliza a ampla defesa constitucionalmente assegurada aos acusados em geral” – atenho-me ao essencial para a compreensão do tema em discussão.

O paciente foi pronunciado em 10/12/2004, desprovido o recurso em sentido estrito em 1º/9/2005, e teve a segregação cautelar decretada em 21/09/2006, por conta de sua aparente ocultação aos atos processuais. Quase cinco anos depois, em 18/05/2011, a defesa requereu a revogação da prisão preventiva, a qual foi indeferida pelo magistrado. Peticionado ao Tribunal do Estado, em 10/11/2011 (ao que se deduz, diante da alegação de que houvera a aludida nulidade no procedimento do recurso em sentido estrito no Tribunal), o Relator determinou a remessa dos autos à origem, entendendo que a questão em tela “encontraria sede apropriada para exame, eventualmente, em *habeas corpus* ou, talvez, em recurso próprio, a ser manejado oportunamente, perante tribunais superiores”. Posto isso, a defesa impetrou o *writ* em comento, aludindo violação aos princípios da ampla defesa, contraditório e devido processo legal, por conta da manifestação do Ministério Público em segundo grau, novamente, acerca do mérito, excluindo a possibilidade de pronunciamento da defesa antes do julgamento. Ao final, requereu a anulação da decisão do Desembargador Relator, o qual teria deixado de apreciar as irresignações defensivas, pese a alegação de possível nulidade absoluta atinente ao julgamento do recurso em sentido estrito, configurando, ademais, a ocorrência de excesso de prazo na prisão preventiva.

Em suma, como bem consignado pela nobre Relatora, o “cerne do *writ* diz com a impossibilidade de o Ministério Público falar por último, mesmo quando oficiando como *custos legis*”.

## 2.1 Maioria: a imparcialidade do *custos legis*

A egrégia Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça não conheceu do *habeas corpus*, à unanimidade, pese o fundamento diverso explicitado pelo Ministro Rogério Schietti Cruz. A posição majoritária, linhas gerais, seguiu os julgados anteriores do próprio STJ, a fim de ratificar que a atuação do *Parquet*, em segunda instância, é resultante de sua função como fiscal da lei, pelo que sua manifestação depois da defesa não viola os princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa.

Eis a ementa, cujo item 2 sintetiza a tese:

PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO QUALIFICADO TENTADO. (1) IMPETRAÇÃO UTILIZADA COMO SUCEDÂNEO RECURSAL. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. (2) PARECER MINISTERIAL EM SEGUNDO GRAU. MANIFESTAÇÃO APÓS A OITIVA DA DEFESA. ATUAÇÃO COMO CUSTOS LEGIS. VIOLAÇÃO DA AMPLA DEFESA. AUSÊNCIA. ORDEM NÃO

CONHECIDA. 1. É imperiosa a necessidade de racionalização do emprego do *habeas corpus*, em prestígio ao âmbito de cognição da garantia constitucional, e, em louvor à lógica do sistema recursal. In casu, foi impetrada indevidamente a ordem como substitutiva de recurso especial. 2. Após a manifestação do Ministério Público em segunda instância, na condição de fiscal da lei, não há contraditório a ser assegurado, pois o parecer não possui natureza de ato da parte. Precedentes. 3. *Habeas corpus* não conhecido. (HC Nº 227.414/MG, Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, julgado em 05 de junho de 2014), destaques meus.

A estrutura argumentativa da eminente Relatora fulmina a via eleita no primeiro parágrafo do voto propriamente dito, pois o *habeas* estava sendo empregado como sucedâneo recursal. Em seguida, ao verificar se havia patente ilegalidade, para eventual concessão da ordem de ofício, lembrou que a Corte já agasalhara (em 1995, há mais de 17 anos, quando do julgamento em tela) a posição esgrimida pelo impetrante, isto é, que se o Ministério Público falara por último, ainda que como *custos legis* [tratava-se de ação penal privada], e tendo opinado pela condenação, cabia ao juiz oportunizar ao querelado o rebater do parecer, pena de violação “material” da cláusula do devido processo legal na modalidade da ampla defesa (cita o HC nº 4.457/SP, Rel. Min. Adhemar Maciel, Sexta Turma, j. 13/11/1995).

Todavia, a resposta será negativa [não há flagrante ilegalidade], diante da então recente mudança de orientação, pacificado no STJ que o MP, ao atuar como *custos legis* nos termos do art. 610 do CPP e apresentar seu parecer depois da defesa, não viola os princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa. Refere julgados de 2013 neste sentido: ArRg no HC 195.965/MG; HC 244.999/SP; HC 191.622/TO. No mesmo rumo, mencionou dois julgados do STF: RHC 107.584 (2011), Primeira Turma, Rel. Min. Luiz Fux; HC 82.649 (2003), Segunda Turma, Rel. Min. Celso de Mello.

A Min. Maria Thereza, ao final, registrou simpatia pela tese esgrimida pelo impetrante, “iluminada por forte apelo garantista”, mas reafirmou, no quadro da atual jurisprudência dos Tribunais Superiores, que a manifestação do Ministério Público, na qualidade de *custos legis*, após a Defesa, “não se traduz em nulidade”.

## 2.2 Voto-vista: a matriz acusatória não se altera em segundo grau

Após o voto da Ministra Relatora, em 20/3/2014, pediu vista o Ministro Rogério Schietti Cruz. Na sequência do julgamento, em 05/6/2014, o Min. Schietti apresentou fundamento diverso para chegar ao mesmo resultado de não conhecimento do *habeas*.<sup>3</sup>

3 A nulidade não se caracterizou por ausência de efetivo prejuízo à defesa, como desenvolveu nos itens III e IV do voto-vista. A um, a arguição ocorreu mais de seis anos depois do indigitado julgamento do recurso em sentido estrito e o voto condutor não fez “qualquer remissão aos argumentos utilizados pelo parecer

No item II do voto, o Min. Schietti oferta suas razões que culminam no reconhecimento de que “o *Ministério Público*, no exercício da *ação penal pública*, atua de forma *dúplice*, ou seja, intervém sempre como *parte e fiscal da lei* (*rectius*: fiscal do Direito), em qualquer instância de jurisdição” (grifos meus, p. 21 do inteiro teor). Em acintosa síntese, o ponto de partida é a *atribuição constitucional* ao Ministério Público da *titularidade privativa* da ação penal pública (art. 129, I, CF), a configurar a matriz de um sistema predominantemente acusatório, no qual o juiz perde atribuições persecutórias em prol da efetiva imparcialidade, “e o acusado, a sua vez, ganha reais oportunidades de interferir, *em igualdade de condições com o Ministério Público*, para a formação da prova e para o convencimento judicial” (destaque no original, p. 15 do inteiro teor) – ao atuar no polo ativo de toda ação por ele iniciada, não se há de negar ao Ministério Público a qualidade de parte. Não ao estilo duelístico do processo civil, tampouco da mesma natureza que o ofendido legitimado para o exercício da ação penal privada. Uma “parte diferenciada”: *sui generis* (Hélio Tornaghi); parte formal, parte instrumental, “parte imparcial” (paradoxalmente). Uma *imparcialidade* entendida no sentido atécnico, moral, de objetividade, serenidade, fiscalização da lei (Hugo Nigro Mazzilli, Magalhães Noronha, Figueiredo Dias); mesmo quem repudia a noção de imparcialidade, reconhece que o Ministério Público não tem um interesse “apenas punitivo”.<sup>4</sup>

É a titularidade de “direitos próprios em relação ao conteúdo do processo” que marca o conceito de parte (Frederico Marques) – no processo penal, “o acusador (no polo ativo da relação processual) e o acusado (no polo passivo) são partes, visto que uma exerce a pretensão punitiva e outra resiste a ela. Já o julgador é tão somente sujeito processual, pois apenas ‘administra’ e julga o conflito”. Certo que o Ministério Público tem total liberdade para “pugnar até mesmo a favor do acusado” (na Itália, fala-se num “dever de verdade”), o que decorre de buscar a “realização da ordem jurídica justa”. Daí a conclusão de que o Promotor de Justiça, na primeira instância, “acumula as funções de acusador e fiscal da lei” e, decisivo, que a natureza dessa atuação não se altera em grau recursal – a peça processual nominada “parecer”, diz o Ministro, “*provém de membro da mesma Instituição que, até então, promovera a ação penal, deduzindo a acusação contra o réu. Este – vale observar – continua a ocupar o polo passivo da relação processual, independentemente da posição contingencialmente assumida em 2º grau (recorrido ou recorrente), merecendo, assim, a mesma proteção dispensada no Juízo de piso*” (grifo no original, p. 17 do inteiro teor).

ministerial como razões de decidir”, é dizer, o parecer sequer foi considerado pelo Colegiado *a quo*. A dois, o art. 610 do CPP não exige que o relator do feito abra vista à defesa após o retorno do feito da Procuradoria-Geral de Justiça e, no plano constitucional, o SIF rechaça que a condenação, por si, dispense a comprovação do prejuízo à defesa.

4 Também por razão de espaço, mas principalmente pelo apuro científico-doutrinário do Min. Schietti, dispense-me de explorar as posições referidas [dos diversos autores], cujas citações encontram-se perfeitamente delineadas no voto-vista.

Entender que o Ministério Público age apenas como fiscal da ordem jurídica no segundo grau “descaracteriza a estrutura acusatória do processo penal brasileiro, dando azo a que uma de suas fases – a impugnativa – se desenvolva sem que uma das partes que integram a lide desde seu nascedouro, como parte, esteja presente na relação processual dialética, sob tal condição” (negrito na origem, p. 17 do inteiro teor).<sup>5</sup>

Sem questionar a conveniência/ utilidade do parecer,<sup>6</sup> o ponto nodal é que se promova o contraditório sobre a peça, a substanciar igualdade entre as partes e otimizar a ampla defesa. Enfim, é superficial e simplista, na ação penal condenatória, a distinção entre Ministério Público agente (parte) e Ministério Público consultiante (fiscal). Ainda, em sentido convergente, cita o pronunciamento do STF, por seu plenário unânime, no HC 87.926/SP, Rel. Min. Cezar Peluso (2008): “*Apelação exclusiva do Ministério Público. Sustentações orais. Inversão na ordem. Inadmissibilidade. Sustentação oral da defesa após a do representante do Ministério Público. Provimento ao recurso. Condenação do réu. Ofensa às regras do contraditório e da ampla defesa, elementos do devido processo legal. Nulidade reconhecida*”.<sup>7</sup>

### 3 Decifrando a esfinge?

Doutrina e jurisprudência, e o legislador, têm se debruçado sobre a instituição do Ministério Público na sua múltipla atuação que marca o processo penal. Após colher alguns aportes, avanço uma resposta que assenta na leitura constitucionalmente adequada da instituição, na trilha percorrida e demarcada pelo voto-  
-vista.

5 Vale ressaltar a coerência dogmática do Min. Schiatti, que mais de dez anos antes do voto-vista já assim se posicionara (nada obstante então membro do Ministério Público) em obra doutrinária: “(...) da mesma forma que o simples uso do hábito não faz de alguém um monge, a emissão de parecer não modifica a natureza da atuação do órgão ministerial em determinada fase da persecução penal. Trata-se de uma simples peça processual, que exterioriza a convicção de uma das partes, em linguagem aparentemente mais imparcial em relação às alegações finais ou às próprias razões do recurso, mas que, ressalte-se, provém de membro da mesma Instituição que, até então, promovera a ação penal, deduzindo a acusação contra o réu” - CRUZ, Rogério Schiatti Machado. *Garantias processuais nos recursos criminais*. São Paulo: Atlas, 2002. p. 91.

6 *En passant*, o Ministro lembra que “amiúde se encontram pareceres com carga repressiva muito maior em relação às posições assumidas pelo Promotor de Justiça em alegações finais ou em razões ou contrarrazões de recurso”. Lenio Streck, que foi denodado e combativo membro do Ministério Público por décadas, referiu: “Uma rápida busca nos acórdãos dos tribunais da República mostra que o parecer do MP de segundo grau é referido, via de regra, brevemente como ‘o MP opinou pelo provimento do apelo do MP’ ou ‘Opinou desfavoravelmente ao apelo da defesa’. Sequer, na grande maioria, fica-se sabendo o nome do procurador. Mais: o que disse, afinal, o membro do MP de segundo grau no seu parecer? O acórdão – documento oficial que retrata a história do julgamento – não menciona. Rarissimamente menciona (há uma pesquisa em andamento; os dados estão sendo compilados – meu registro, aqui, é decorrente de amostragem; interessante é que, em dois estados, na amostragem, viu-se 100% de pareceres contra o apelo do réu; evidentemente que os dados devem ser checados e analisados)” - <https://www.conjur.com.br/2022-jan-20/senso-incomum-min-schiatti-promotor-zilio-digo-precisamos-falar-mp>, acesso em 26/3/2023.

7 Destacou, do voto do Min. Peluso, dentre outros, o seguinte trecho: “entendo difícil, senão ilógico, cindir a atuação do Ministério Público no campo recursal, em processo-crime: não há excogitar que, em primeira instância, seu representante atue apenas como parte formal e, em grau de recurso - que, frise-se, constitui mera fase do mesmo processo se dispa dessa função para entrar a agir como simples fiscal da lei”.

### 3.1 O Ministério Público titular da ação penal: alguma doutrina

Pacelli, ao defender a imparcialidade do Ministério Público, adverte que “nem tudo *deve ser como parece*”,<sup>8</sup> no que se refere à estrutura dialética do processo, que militaria em prol de uma “igualdade de condições, para fins de argumentação e de prova, com a tese defensiva”. Diz que a ordem constitucional não parece tão preocupada com a aludida igualdade – pelo contrário, talvez por reconhecer a “realidade desigual entre os órgãos estatais e o acusado”, optou-se pelo princípio da ampla defesa, mas não há *ampla acusação*. Nem o fato cotidiano de uma atuação essencialmente acusatória do MP significa que deve continuar a ser assim. Ao rejeitar inteiramente pretensões de *parcialização* da atuação ministerial, reforça que “a imparcialidade deverá permear toda a atividade do Ministério Público, em todas as fases da persecução penal”, o que se relaciona com a inteira liberdade que se lhe reconhece na apreciação dos fatos e do direito. Ao Estado, também ao MP, deve interessar tanto a condenação do culpado quanto a absolvição do inocente, essa “é a verdadeira leitura a ser feita da norma do art. 257 do CPP”,

Aury Lopes Jr.,<sup>9</sup> no horizonte da complexa discussão sobre o sistema processual brasileiro, assenta o tripé sistema acusatório, contraditório e imparcialidade, a última garantida pelo modelo acusatório, incorrendo-se em “grave reducionismo” ao pensar no “sistema acusatório desconectado do princípio da imparcialidade e do contraditório” (pp. 54-5). Por outro lado, *o objeto do processo penal é uma pretensão acusatória*, cujo titular será o Ministério Público ou o particular. Ao “acusador (público ou privado) corresponde apenas o poder de invocação (acusação), pois o Estado é o titular soberano do poder de punir, que será exercido no processo penal através do juiz”. Ou seja, o Ministério público exerce uma pretensão acusatória, “isto é, o poder de proceder contra alguém (*jus ut procedatur*), cabendo ao juiz, acolhendo a acusação, exercer o poder de punir” – são dois poderes distintos: “o de acusar e o de punir” (pp. 56-7).

E num *processo penal de partes*, reforça-se a “posição da parte passiva, fortalecendo o sistema acusatório com o estabelecimento da igualdade de armas, do contraditório”. O acusado deixa de ser visto como objeto, e sua posição será mais forte “quanto mais clara for a delimitação da esfera jurídica de cada parte”, para que se efetive o contraditório, a fortalecer a estrutura dialética do processo. Lopes Jr. Acentua que no processo penal o “o elemento subjetivo dominante do objeto é exclusivamente a pessoa do acusado”, a ponto de não vingar a doutrina das três

8 PACELLI, Eugênio. *Curso de Processo Penal*. 26. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Editora JusPodivm, 2022, p. 420-1.

9 LOPES JR, Aury. *Direito processual penal*. 19ª ed. São Paulo: Saraiva, 2022.

identidades da coisa julgada civil, “pois nem o pedido nem a identidade das partes acusadoras são essenciais para a pretensão e a coisa julgada” (pp. 615-6).

Renato Brasileiro de Lima,<sup>10</sup> ao comentar o art. 257 do CPP, diz que é indubitável que o Ministério Público “intervém como fiscal da lei nos crimes de ação penal privada” (p. 824). Já na ação penal pública, refere que grande parte da doutrina nacional entende que o órgão ministerial atua como parte imparcial: parte em sentido formal, deve manter isenção de ânimo, pois defende a ordem jurídica (que abrange a liberdade de locomoção, geralmente em risco no processo penal, interessando-lhe apenas “a busca da verdade e a correta aplicação da lei no caso concreto”. Lima, entretanto, afasta-se desta posição, pois conceber uma parte imparcial é incompatível com o processo penal acusatório, cujo desenvolvimento necessita de partes em igualdade de condições e com interesses antagônicos, a permitir o embate dialético (p. 825). Na mesma linha Badaró, que justifica o entendimento para além de uma escolha de política processual, sendo o método dialético uma “garantia epistemológica na pesquisa da verdade”. Lima observa que a visão tradicional vem mais recentemente sendo desafiada por “alguns julgados isolados dos Tribunais Superiores”, sendo um importante exemplo justamente a nova interpretação do STF em torno do art. 610, parágrafo único do CPP [citada, como visto, pelo Min. Schietti], certo que destinado aos casos de recurso exclusivo da acusação, situação na qual, pese a invocação pelo Ministério Público da sua condição de *custos legis*, deve o Parquet se manifestar, na sessão de julgamento, antes da sustentação oral da defesa, uma otimização do contraditório e da ampla defesa, sendo imperativo que decorre do sistema constitucional, nessa hipótese, que a defesa fale por último, pena de nulidade. Adiante (p. 1.656), Lima refere outras duas hipóteses que podem trazer o problema enfrentado no voto-vista do Min. Schietti: recurso exclusivo da defesa e recurso exclusivo do querelante em crimes de ação penal privada.<sup>11</sup>

### **3.2 A função acusatória prepondera, a serviço da igualdade e da ampla defesa, na estrutura do contraditório**

Penso que as *hipóteses do artigo 257 do CPP não implicam mútua negação* – como se promover privativamente a ação penal pública (na forma estabelecida pelo próprio Código, como consta literalmente da parte final do inciso I) impedisse em definitivo o Ministério Público de fiscalizar a execução da lei (a redação do inciso II não deixa de ser uma variação linguística da tarefa de *promover a ação penal*

10 LIMA, Renato Brasileiro de. *Código de Processo Penal Comentado*. 7. ed. São Paulo: Editora JusPodivm, 2022.

11 Uma terceira hipótese, recursos simultâneos, ou bem é um desdobramento da primeira no que tange ao recurso da defesa ou não acarreta a mesma dificuldade quando da apreciação do recurso ministerial (cujo procedimento de sustentação oral deve ocorrer depois daquele do recurso defensivo), pois neste caso a defesa falará por último, na diretriz do STF.



na forma da lei processual penal – lei que há de observar e a mesma lei cuja execução deve fiscalizar). Trata-se, antes, de uma demarcação conceitual, uma fronteira que pode ser compreendida como um dever autônomo de *objetividade*<sup>12</sup> e *serenidade* [virtude institucional como ideal regulador, inclusive deontológico, das escolhas subjetivas de seus membros no exercício profissional, tanto estratégias processuais quanto extraprocessuais]<sup>13</sup> quando focado na sua própria atuação, cuja natureza não muda quando direcionada a atenção ministerial para o comportamento dos outros sujeitos processuais (inclusive o imparcial, o Estado-juiz) e demais atores. É dizer, o art. 257 do CPP *não* precisa ser visto como uma *disjuntiva* ou uma dialética de opostos e *sim* como um *aclaramento de funções* (complementares e concomitantes) que serão preponderantes em determinadas fases, sem que uma jamais elimine, por completo, a outra. Noutras palavras, *independente do rótulo*, em face do sistema *acusatório* e do *contraditório*, para intensificar a *ampla defesa*, o Ministério Público *deve ser tratado como a instituição que formula e processualmente sustenta a pretensão acusatória*.<sup>14</sup>

A *primeira vocação constitucional* do Ministério Público é a *defesa da ordem jurídica*, assim incumbindo-lhe o *caput* do artigo 127 da Constituição Federal. E seu *primeiro predicado*, no mesmo dispositivo, é ser instituição permanente *essencial à função jurisdicional*. No processo penal, no horizonte triangular [que se decalca da compreensão sistemática da Constituição] cujos vértices são o sistema acusatório, o contraditório e a imparcialidade, o *modo ótimo de atuação* do Ministério Público na *primeira função específica* que lhe é *endereçada* adiante (no inciso I do artigo 129 da Constituição), a *promoção privativa da ação penal pública*, é como órgão agente e

12 Figueiredo Dias (FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. Sobre os sujeitos processuais no novo Código de Processo Penal. In: CEJ (org.). *Jornadas de Direito Processual Penal: o Novo Código de Processo Penal*. Coimbra: Almedina, 1988, p. 26) lembra que “O Ministério Público surge, no processo penal (...) como um órgão de administração de justiça, com a particular função de (...) colaborar com o tribunal na descoberta da verdade e na realização do direito. Dada, pois, a incondicional intenção de verdade e justiça – tão incondicional como a do juiz – que preside à intervenção do ministério público no processo penal, torna-se claro que a sua atitude não é a de interessado na acusação, antes obedece a critérios de estrita legalidade e objectividade”.

13 Tenho em mente, aqui, a lição de Bobbio. Serenidade como o contrário da arrogância (que é opinião exagerada sobre os próprios méritos, a justificar a prepotência); o indivíduo sereno “é mais propenso a acreditar nas misérias que na grandeza do homem, e se vê como um homem igual a todos os demais”. Principalmente, a serenidade é o contrário da prepotência – que é “abuso de potência não só ostentada, mas concretamente exercida”. O sereno é “aquele que deixa o outro ser o que é, ainda quando o outro é o arrogante, o insolente, o prepotente. Não entra em contato com os outros com o propósito de competir, de criar conflito, e ao final vencer” (BOBBIO, Norberto. *Elogio da serenidade e outros escritos morais*. São Paulo: Editora UNESP, 2002, pp. 39-40).

14 O Min. Cezar Peluso, no citado HC 87.926/SP, foi lapidar, aliás em trecho destacado pelo voto-vista em apreço: “Órgão uno e indivisível, na dicção do art. 127, § 1º, da Constituição da República, não há como admitir que o Ministério Público opere tão-só como *custos legis* no curso de processo onde, em fase diversa, já tenha funcionado, mediante outro órgão, como encarregado da acusação, sob pena de se violentar a própria sintaxe acusatória do processo penal. O conteúdo da opinião legal, de fundo, exposto no parecer ou na sustentação oral, é de pouco relevo neste tema. Ou seja, ainda que, no mérito, o Ministério Público postule a absolvição do acusado, continua sempre órgão incumbido da acusação e não deixa de agir ou de poder agir como parte que é. Conclusão diversa levaria à concepção de processo de parte única parte, o acusado, o que parece absurdo diante de um sistema garantista, acusatório, agônico, marcado pela garantia de contraditoriedade”. Quando o Ministério Público não formula a pretensão acusatória, caso da ação penal privada, aí *sim* não será parte.

parte acusatória, sempre no prisma da defesa da ordem jurídica<sup>15</sup> – da qual não há de se afastar ao promover um arquivamento ou oferecer denúncia, ao comparecer em audiência e perguntar, ao contraditar (tantas vezes, ao concordar com requerimentos da defesa), ao opinar em segundo grau (onde conserva, é certo, legitimidade recursal para acionar os tribunais superiores). Essa é uma boa chave de leitura para os princípios da unidade (*podem os seus representantes substituir-se uns aos outros na prática de determinado ato*), da indivisibilidade (*atuam seus representantes em nome da instituição*) e da independência funcional (*cada um dos seus representantes possui convicção própria, que deve ser respeitada*).<sup>16</sup>

Importa que não será o modo concreto (quicá idiossincrático) de exercício da função que apagará o desenho institucional que decorre da matriz constitucional. Por exemplo, não será porque o Ministério Público “opinou” pela absolvição (reproduz a dicção legal do art. 385 do CPP) que a função acusatória da parte autora se dissolve, o que se demonstra inclusive pela remanescente possibilidade de condenação, aliás na linha de recente decisão capitaneada pelo Min. Schietti.

Pode-se aventar uma *lógica dos lugares inversos*: se o exercício da função acusatória não esmaece porque marcada por uma atuação objetiva (que pode até ser “favorável” à defesa), tampouco o fato da intervenção em segundo grau chamar-se tradicionalmente de fiscalizatória (ainda que vincada algumas vezes por subjetivismo persecutório, dado empírico dificilmente negável por quem tenha vivência no foro) vai obscurecer o exercício da função acusatória. No plano filosófico, Miguel Reale alertava para que não se confundisse uma forma especial de dialética (que ele denomina de *dialética de implicação-polaridade*) com a mais popular *dialética hegeliana ou marxista dos opostos*. Com as devidas vênias, parece que a visão tradicional e ainda majoritária encara dessa segunda forma o papel do Ministério Público, e não alcança na plenitude o processo dinâmico de atuação ministerial – pois o mutila, ao estilo *all-or-nothing*, um modelo dicotômico: ou é parte, apenas; ou é tão-somente fiscal da lei –, papel que vejo melhor traduzido na *dialética de complementaridade* (de implicação-polaridade), que enunciaria assim: a posição acusatória (polo 1) e a função fiscalizatória (polo 2) “se correlacionam de tal modo que cada um deles se mantém irreduzível ao outro (polaridade) mas se exigindo mutuamente (implicação) o que dá origem à estrutura normativa como momento de realização do Direito”.<sup>17</sup> E a estrutura que se origina, preservado o

15 Observo que a função de fiscal da lei, evidentemente inerente à defesa da ordem jurídica, não goza do mesmo status constitucional de norma textual, não ao menos em nível de explicitação no artigo 129 mencionado ou de consagração da expressão tradicional.

16 NUCCL, Guilherme de Souza, *Curso de direito processual penal*. 20ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2023, p. 637.

17 REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 27ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 67. O autor trata da estrutura tridimensional do direito e da sua concepção original e ampla da norma jurídica como síntese integrante de fatos ordenados segundo distintos valores. Os polos, no meu enunciado, evidente, foram por mim justapostos. Para um aprofundamento filosófico, vide REALE, Miguel. *Filosofia do direito*. 20ª ed. (16ª tiragem,

sistema acusatório, que depende primacialmente do Ministério Público na ação penal pública, é a do contraditório e da imparcialidade da jurisdição, tudo na melhor garantia da ampla defesa. Aliás, no ponto, trata-se de retirar o Ministério Público do cerne da análise, e colocar o acusado, algo similar, permito-me a imagem, a deslocar o professor do centro de gravidade da sala de aula e focar no processo de aprendizagem do aluno.

Em suma, na convergência com o voto-vista examinado, o Ministério Público, como titular da ação penal pública e no seu exercício, em primeiro ou segundo graus, atua na função acusatória a serviço da igualdade de partes e da ampla defesa, na estrutura do contraditório – ainda que com tônicas diversas, sempre orientado por deveres de objetividade e serenidade, nos termos da sua configuração institucional. Como corolário, há de se promover o contraditório sobre o parecer oferecido em segundo grau e oportunizar à defesa manifestar-se depois da fala do Ministério Público em sessão.

#### 4 A distinção formal, outros problemas e possibilidades

Ao menos na ação penal pública, a insistência numa separação forte entre o Ministério Público agente/fiscalizador pouco contribui para o aperfeiçoamento do sistema acusatório delineado constitucionalmente e que se vai concretizando legal, doutrinária e jurisprudencialmente. Por outro lado, assumir a forma dúplice de atuação ministerial ilumina alguns problemas já enfrentados e aponta novos caminhos.<sup>18</sup>

Ajuda a explicar (ainda que se possa discordar), ao enfatizar a singularidade dos deveres de objetividade e serenidade, a manutenção do assento do *Parquet* ao lado dos juízes, na linha da decisão majoritária do Supremo Tribunal Federal, que considerou constitucionais normas que garantem a membros do Ministério Público a prerrogativa de se sentarem do lado direito de juízes durante sessões de julgamentos e nas salas de audiência (ADI nº 4.768).<sup>19</sup> Uma das premissas ar-

---

2017). São Paulo: Saraiva, 2002, pp. 293-4 (uma ontogenoseologia jurídica que afirma a impossibilidade de uma solução monovalente ou monística da teoria do conhecimento); e especialmente pp. 359-64 (da redução fenomenológica à reflexão histórica-axiológica – implicação e polaridade).

- 18 De certo modo, é o que faz a proposta “Anastasia-Streck” ao acrescentar §§ ao art. 156 do Projeto de Lei 5282/2019: §1º Cabe ao Ministério Público, a fim de estabelecer a verdade dos fatos, alargar o inquérito ou procedimento investigativo a todos os fatos e provas pertinentes para a determinação da responsabilidade criminal, em conformidade com este Código e a Constituição Federal, e, para esse efeito, investigar, de igual modo, na busca da verdade processual, as circunstâncias que interessam quer à acusação, quer à defesa §2º O descumprimento do § 1º implica a nulidade absoluta do processo – BRASIL. Senado Federal. Projeto de Lei nº 5282 de 2019. Altera o art. 156 do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal) para estabelecer a obrigatoriedade de o Ministério Público buscar a verdade dos fatos também a favor do indiciado ou acusado. Disponível em <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/139043>, conforme [https://www.conjur.com.br/2020-fev-22/diario-classe-lei-anastasia-streck-manifesto-ministerio-publico-imparcial#\\_ftn1](https://www.conjur.com.br/2020-fev-22/diario-classe-lei-anastasia-streck-manifesto-ministerio-publico-imparcial#_ftn1), acesso em 26/3/2023.
- 19 O Tribunal, por maioria, conheceu da ação direta e julgou improcedente o pedido formulado pelo Conselho Federal da OAB, nos termos do voto da Relatora Min. Cármen Lúcia, vencidos, em parte, os Ministros Ricardo

gumentativas: “a atribuição de defender o interesse público e a sociedade faz com que sua atuação possa conjugar, simultânea ou alternadamente, os papéis de parte processual e *custos legis*” (Min. Cármen Lúcia).<sup>20</sup> O quanto “conversas ao pé do ouvido” ou a simples disposição cênica dos espaços de audiência e sessão arranham a imparcialidade, passando a imagem de certa confusão, continua em aberto, inclusive para crivo da sociologia jurídica – o que é intuitivamente mais complicado no que tange ao Tribunal do Júri. Certo que acentuar o aspecto da função acusatória e da igualdade de partes pode levar a conclusão outra, aspecto a ser considerado pelo legislador. O que me parece logicamente inarredável é que, se o fato de ser [também] *custos legis* quando é parte foi considerado (no caso, para assegurar uma posição diferente e assimétrica em relação à defesa), o fato do *Procurador de Justiça* ser [também] parte quanto atua na fiscalização da ordem jurídica deve ser levado em conta para melhor equacionar o contraditório nas sessões de julgamento dos tribunais (neste caso, para assegurar que a defesa fale por último).

No Tribunal do Júri, ademais, vigora a plenitude de defesa, que penso significar ainda maior incidência de tutela do que a clássica ampla defesa, isto é, joga a favor de um contraditório ainda mais rigoroso e cuidadoso escrutínio da paridade de armas (artefatos e mentefatos).<sup>21</sup> Olhos nas ferramentas, já ponderamos conveniente, também, destrinçar [o mantra, aqui, bem pode ser *distinguir sem separar*] a atividade *custos legis* e até administrativa do Ministério Público da atuação como parte acusatória em processo criminal do Tribunal do Júri (presença do Estado-acusação), pois a situação díspare das partes, projetada no plenário do Tribunal do Júri, pode configurar *substantial assimetria* em relação à *verificação da idoneidade/perfil dos jurados*, notoriamente quando apenas o *Parquet* dispõe de sistemas informacionais, em geral compartilhados com órgãos de segurança, que reúnem dados pessoais, muitos sensíveis, dos jurados.<sup>22</sup> Neste passo, prudente realçar a

---

Lewandowski e Gilmar Mendes, que julgavam parcialmente procedente a ação para dar interpretação conforme aos dispositivos impugnados, nos termos de seus votos, e, em menor extensão, a Ministra Rosa Weber (Presidente), que conferia interpretação conforme a Constituição aos mesmos dispositivos exclusivamente quanto aos julgamentos pelo Tribunal do Júri. Plenário, j. 23.11.2022.

- 20 Item 13 do seu voto. Adiante: “15. Essa impossibilidade de apartar completamente as funções de parte processual e de fiscal da lei desempenhadas pelo Ministério Público também demonstra a ausência de fundamento válido a autorizar o acolhimento da pretensão do autor de conferir aos dispositivos legais impugnados interpretação conforme para restringir a prerrogativa em exame apenas aos casos em que a atuação seja tomada como *custos legis*” (gize) – a premissa, se leio bem, levaria a conclusão de que também não se pode expurgar de todo, da atuação do *Parquet* em segundo grau, as funções de parte, a recomendar, portanto, o contraditório preconizado no voto-vista do Min. Schietti.
- 21 No julgamento da ADI nº 4.768, o Min. Gilmar Mendes ponderou que a questão do assento do Ministério Público ao lado do juiz é semelhante ao do uso de algemas nos julgamentos: “Ritos, procedimentos e espaços expressam relações de poder e, assim, podem acarretar consequências processuais e extraprocessuais relevantes, que podem lesar direitos fundamentais”, pelo que defendeu analogia com a decisão do HC nº 91.952, no qual a corte anulou condenação no Tribunal do Júri em processo no qual o acusado permaneceu algemado o tempo todo, sem justificativa – um dos vetores que originaria, na sequência, a Súmula Vinculante nº 11.
- 22 Se o Ministério Público atua como parte (mas não em investigação/repressão de infrações penais) *naquele sorteio* “para a reunião periódica ou extraordinária”, previsto no artigo 433 do CPP, no qual serão apurados,

inextricável dualidade do Ministério Público, protagonista desde sempre no Tribunal do Júri, de modo que as concomitantes funções fiscalizatórias não sirvam para obnubilar a igualdade entre as partes e a indeclinável paridade de armas.

Outro aspecto que se beneficia da visão conglobada do Ministério Público e da sua preponderante função acusatória é a celeuma em torno do princípio do Promotor Natural. Substancialmente, o que a jurisprudência do STF coíbe é a “reprovável figura do ‘acusador de exceção’” (HC nº 103.038, 2011).<sup>23</sup> Ocorre que a própria premissa da tese do promotor natural, parece claro, restringe os poderes do Procurador-Geral de Justiça em efetuar substituições, designações, delegações e avocações, com o que, e bem, afasta a possibilidade de interferências hierárquicas, manipulações políticas, perseguições; mas, também, engessa em certa medida as providências “estratégicas” do Ministério Público na arena criminal, cuja orientação político-criminal pode demandar reforços pontuais em determinadas matérias e por certo tempo, por exemplo no modelo relativamente consagrado de forças-tarefa. É que a regra do promotor natural, na ponderável observação de Gustavo Badaró:

*“... [...] somente tem razão de ser a partir da premissa de que o Ministério Público é uma parte imparcial. Justamente para garantir essa imparcialidade é que se devem evitar as designações, avocações e substituições. Por outro lado, para quem considera o Ministério Público uma parte interessada, a substituição de um promotor por outro não significaria nada além de uma busca de maior eficiência no exercício da função, perfeitamente condizente com a regra da unidade do Ministério Público”<sup>24</sup>*

Significa dizer: quanto mais se avança na densificação de um processo penal verdadeiramente acusatório,<sup>25</sup> mais necessário rever a tradicional/paradoxal posição do Ministério Público como “parte imparcial”. Outra vez, com Badaró:

---

sorteados da lista geral, os 25 jurados que comporão o Tribunal do Júri (art. 447 do CPP), *deve-se garantir as mesmas armas, para aferição da idoneidade/perfil dos jurados, às defesas* - há referência geral no § 2º do art. 433 do CPP, de que a “audiência de sorteio não será adiada pelo não comparecimento das partes” [acusação e defesa dos processos pautados], ao passo que o *caput* do art. 433 do CPP prevê a institucionalidade devidamente representada (MP, OAB e Defensoria Pública). Para maiores detalhes, com ênfase para a proteção de dados dos jurados, vide: WEINGARTNER NETO, J.; SARLET, I. W. *Constituição e Direito Penal - Questões Polêmicas*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2023, pp. 253-80

- 23 Na mesma linha o STJ: PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. PRINCÍPIO DO PROMOTOR NATURAL. LEI ORGÂNICA DO MINISTÉRIO PÚBLICO. POSSIBILIDADE DE DESIGNAÇÃO EXCEPCIONAL E FUNDAMENTADA PARA O EXERCÍCIO DAS FUNÇÕES PROCESSUAIS AFETAS A OUTRO MEMBRO. UNICIDADE E INDIVISIBILIDADE DA INSTITUIÇÃO. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DE DESVIO DE FINALIDADE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. (...) 2 - Este Superior Tribunal de Justiça firmou orientação quanto à unicidade e indivisibilidade do Ministério Público, cujos membros o representam como um todo, sendo, portanto, substituíveis em suas atribuições. 3 - Não prosperam eventuais alegações genéricas de violação ao princípio do promotor natural, pois, conforme se extrai da regra do art. 5º, LIII, da Carta Magna, é vedado pelo ordenamento pátrio apenas a designação de um “acusador de exceção”, nomeado mediante manipulações casuísticas e em desacordo com os critérios legais pertinentes (HC 57.506/PA, Rel. Ministro Og Fernandes, Sexta Turma, DJe 22/02/2010). (...) (HC n. 347.686/BA, relator Ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turma, julgado em 21/6/2016, DJe de 29/6/2016.)
- 24 BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo penal*. 8. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, p. 336.
- 25 O quanto, no estado da arte, permanece aberto - pois o art. 3º-A, incluído pela Lei nº 13.964/2019 [O processo penal terá estrutura acusatória, vedadas a iniciativa do juiz na fase de investigação e a substituição da atuação probatória

*Por tudo isso, parece superado, do ponto de vista da adequação do sistema e, principalmente, do que efetivamente ocorre no dia a dia forense, que o Ministério Público seja uma “parte imparcial”. Melhor para a sociedade, para o juiz e para o próprio acusado que o Ministério Público assuma, de uma vez por todas, o seu papel de parte acusadora, com todas as consequências que isso acarretar.*<sup>26</sup>

Finalmente, para não me alongar, outro tema muito importante que bebe da mesma fonte, não por acaso relatado recentemente pelo Min. Schietti no Recurso Especial nº 2.02.413/PA, de cuja ementa extraio a síntese no que pertine: ART. 385 DO CPP. DECISÃO CONDENATÓRIA A DESPEITO DO PEDIDO ABSOLUTÓRIO DO MINISTÉRIO PÚBLICO EM ALEGAÇÕES FINAIS. POSSIBILIDADE. COMPATIBILIDADE COM O SISTEMA ACUSATÓRIO. ARTS. 3º-A DO CPP E 2º, § 1º, DA LINDB. NÃO VIOLAÇÃO. AUSÊNCIA DE DERROGAÇÃO TÁCITA DO ART. 385 DO CPP.<sup>27</sup>

Observo que todo o item 3 da ementa, desdobrado em 16 tópicos (ao longo do respectivo voto-vista trata-se dos itens VI a X), versa sobre a estrutura acusatória do sistema processual penal brasileiro (em contraposição ao antigo modelo inquisitivo). Por um lado, não se adotou o *adversarial system*, de matriz anglo-saxônica. Tampouco há de se “cair no equívoco de desconsiderar que o processo penal, concebido e mantido acima de tudo para proteger o investigado/réu contra eventuais abusos do Estado em sua atividade persecutória e punitiva, também tutela outros interesses, igualmente legítimos, como o da proteção da vítima e, mediadamente, da sociedade em geral. Ao Estado tanto interessa punir os culpados quanto proteger os inocentes, o que faz por meio de uma jurisdição assentada em valores indissociáveis, ainda que não absolutos, tais quais a verdade e a justiça” (item 3.1). Quanto ao Ministério Público, “tem o dever de deduzir, presentes os pressupostos processuais e as condições da ação, a pretensão punitiva estatal, compromissado com a descoberta da verdade e a realização da justiça. Ao contrário de outros sistemas - em que o Ministério Público dispõe da ação penal por critérios de discricionariedade -, no processo penal brasileiro o Promotor de Justiça não pode abrir mão do dever de conduzir a *actio penalis* até seu desfecho, quer para a realização da pretensão punitiva, quer para, se for o caso, postular a absolvição do acusado, hipótese que não obriga o juiz natural da causa, consoante disposto no art. 385 do Código de Processo Penal, a atender ao pleito ministerial” (item 3.3).<sup>28</sup>

*do órgão de acusação*], está com a eficácia suspensa em face das decisões monocráticas nas ADI 6.298, ADI 6.300 e ADI 6.305.

26 BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo penal*. 8. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, pp. 334-335.

27 STJ, Sexta Turma, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior (vencido), Rel. p/o Ac. Min. Rogerio Schietti Cruz, j. em 14/02/2023, p. DJe 07/3/2023.

28 Veja-se que o art. 42 do CPP, ao vedar o abandono/disponibilidade da ação, robustece o exercício da pretensão acusatória, é dizer, do Ministério Público agente, “mesmo que, eventualmente, possa o agente ministerial [em caso de sucessão de membros, que há de conduzir a ação penal “até o seu desfecho”] posicionar-se de

No item 3.7, uma distinção importante entre o conflito imanente da persecução penal (o interesse punitivo do Estado), desencadeado pelo *Parquet* (Estado-acusação), e o *jus libertatis* do acusado – tudo “sob a responsabilidade do órgão incumbido da soberana função de julgar, por meio de quem, sopesadas as alegações e as provas produzidas sob o contraditório judicial, o Direito se expressa concretamente”. E esse conflito imanente não desaparece ainda que as posições contingencialmente adotadas pelos representantes do Ministério Público e pela defesa possam confluir, como na hipótese de confissão (ponto *a priori* a favor da condenação) ou do pedido de absolvição pelo *Parquet* (lance a favor da absolvição).<sup>29</sup>

Voltando ao nosso tema, podemos dizer que a contingência da postura do Procurador de Justiça em sessão (não vinculada subjetivamente às razões do Promotor de Justiça recorrente/recorrido, não importa) não é idônea para bloquear o conflito imanente entre acusação e acusado, por isso que à defesa caberia falar por último.<sup>30</sup> E, num reforço normativo-argumentativo, o sistema acusatório foi explicitado em recente alteração legal, como se vê do Art. 3º-A do Código de Processo Penal, inserido pela Lei nº 13.964/2019 [Art. 3º-A. O *processo penal terá estrutura acusatória*, vedadas a iniciativa do juiz na fase de investigação e a substituição da atuação probatória do órgão de acusação].<sup>31</sup>

## 5 Conclusão

É quase um lugar comum convocar a plástica imagem de Calamandrei, ao mirar a missão do Ministério Público. Como “sustentáculo da acusação, devia ser tão parcial quanto um advogado; como guarda inflexível da lei, devia ser tão im-

---

maneira diferente - ou mesmo oposta - à do colega que, na denúncia, postulava a condenação do imputado” (item 3.5). O posicionar-se de maneira diferente decorre da independência funcional combinada com a autorização legal do art. 385 – ao postular a absolvição, modo fundamentado em razões de fato e normativas, o Ministério Público não deixa de defender a ordem jurídica como a compreende aplicável ao caso concreto.

- 29 Sequer um acordo contingencial, uma vez deduzida a pretensão acusatória, pode sonegar do Estado-juiz seu soberano poder de dizer o direito. Bem de ver, tal interpretação dialoga com a premissa que vê o processo “como instrumento público de pacificação social”, horizonte no qual “não pode abrir mão de todo e qualquer critério de verdade, em um relativismo cético absoluto” e tampouco “deve se ocupar de perseguir, a qualquer custo, o inalcançável e pernicioso dogma da verdade real, típico dos ultrapassados modelos substancialistas do direito penal” (voto-vista, item IX, grifos do Min. Schietti).
- 30 Avento que nos casos em que há inovação recursal, em termos argumentativos, pelo *Parquet*, mesmo no papel estrito de *custos legis* (na ação penal privada), a otimização da contraditório e da ampla defesa melhor se compaginaria com possibilitar à defesa última oportunidade para influenciar a decisão do colegiado, em analogia com o princípio da não-surpresa densificado no art. 10 do Código de Processo Civil, no enlace do art. 3º do CPP.
- 31 O STF, por maioria, atribuiu *interpretação conforme* ao art. 3º-A do CPP, incluído pela Lei nº 13.964/2019, para assentar que o juiz, pontualmente, nos limites legalmente autorizados, pode determinar a realização de diligências suplementares, para o fim de dirimir dúvida sobre questão relevante para o julgamento do mérito, vencidos os Ministros Cristiano Zanin e Edson Fachin (ADIs 6.298, 6.299, 6.300 e 6.305, julgadas em 24/8/2023) – tanto não altera, segundo penso, o reforço sistemático ao sistema acusatório que deflui do texto legal, que passa a dialogar com o conjunto normativo do processo penal, devidamente irradiado pelas garantias constitucionais.

parcial como um juiz”.<sup>32</sup> A explicar a longevidade da apreciação, há uma intuição poderosa na imagem tensionada que provoca a reflexão metafórica.

Talvez, antecipando escusas pela ousadia, seja possível exprimir de outro modo: como titular da ação penal, o Ministério Público é a parte inequívoca que invoca a pretensão acusatória e, por dever constitucional, ao longo de todo o processo penal, atuará na justa concretização da ordem jurídica, com objetividade e serenidade.

Deixando o oximoro da “parte imparcial” para a retórica, as tarefas – exigentes por certo – são conciliáveis e complementares. Para além de forçar a linguagem, como é próprio da poesia e da mística, no processo penal de estrutura acusatória, a duplicidade ministerial está a serviço da imparcialidade da jurisdição, do contraditório e da ampla defesa. Entre tais vigas, o Ministério Público tem o dever e amplas condições de se movimentar na concretização da pacificação social com justiça.

No mesmo espaço, o parecer ministerial em segundo grau, após a oitiva da defesa, é persistente e insatisfatória prática à luz do contraditório e da ampla defesa. A solução oposta contribui para cimentar a edificação, obra cotidiana e multitudinária, de um sistema penal democrático e constitucionalmente adequado.

## Referências bibliográficas

- BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo penal*. 8. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.
- BOBBIO, Norberto. *Elogio da serenidade e outros escritos morais*. São Paulo: Editora UNESP, 2002.
- CALAMANDREI, Piero. *Eles, os juízes, vistos por nós, os advogados*. Trad. Ary dos Santos. 6ª ed. Lisboa: Livraria Clássica Editora, 1977.
- CRUZ, Rogério Schietti Machado. *Garantias processuais nos recursos criminais*. São Paulo: Atlas, 2002.
- FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. Sobre os sujeitos processuais no novo Código de Processo Penal. In: CEJ (org.). *Jornadas de Direito Processual Penal: o Novo Código de Processo Penal*. Coimbra: Almedina, 1988.
- Homenagem ao Ministro Rogério Schietti - 10 anos de STJ*. Coord. Benedito Siciliano, Cristiano Verano, Ademar Borges. São Paulo: Migalhas, 2023, 815 pp.
- LIMA, Renato Brasileiro de. *Código de Processo Penal Comentado*. 7. ed. São Paulo: Editora JusPodivm, 2022.
- LOPES JR, Aury. *Direito processual penal*. 19ª ed. São Paulo: Saraiva, 2022.
- NUCCI, Guilherme de Souza, *Curso de direito processual penal*. 20ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2023.
- PACELLI, Eugênio. *Curso de Processo Penal*. 26. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Editora JusPodivm, 2022.
- REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 27ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

32 CALAMANDREI, Piero. *Eles, os juízes, vistos por nós, os advogados*. Trad. Ary dos Santos. 6ª ed. Lisboa: Livraria Clássica Editora, 1977, p. 59. No famoso trecho (que encerra o Cap. III, “De algumas parencas e de algumas diferenças entre juízes e advogados”), recomendava equilíbrio ao Ministério Público, para que não caísse no “absurdo psicológico” (modelos negativos seriam o advogado sem paixão e o juiz sem imparcialidade) – pois, sendo sincero [como *custos legis?*], arriscava sua combatividade; ou, por amor à polémica [inflamado como parte acusatória?], poderia perder a objetividade. A primeira publicação de *Elogio dei giudici scritto da un avvocato* remonta à 1935.



- REALE, Miguel. *Filosofia do direito*. 20ª ed. (16ª tiragem, 2017). São Paulo: Saraiva, 2002.
- SOARES, Guilherme Augusto de/DIAS, Giovanna. "Lei Anastasia-Streck: manifesto por um Ministério Público imparcial", 22/02/2020 - [https://www.conjur.com.br/2020-fev-22/diario-classe-lei-anastasia-streck-manifesto-ministerio-publico-imparcial#\\_ftn1](https://www.conjur.com.br/2020-fev-22/diario-classe-lei-anastasia-streck-manifesto-ministerio-publico-imparcial#_ftn1), acesso em 26/3/2023.
- STRECK, Lenio. "Com ministro Schietti e promotor Zílio, digo: Precisamos falar sobre o MP", Consultor Jurídico, 20/01/2022 - <https://www.conjur.com.br/2022-jan-20/senso-incomum-min-schietti-promotor-zilio-digo-precisamos-falar-mp>, acesso em 26/3/2023.
- WEINGARTNER NETO, J.; SARLET, I. W. *Constituição e Direito Penal - Questões Polêmicas*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2023.

# A ATUAÇÃO DEFENSIVA DO DELATOR NO PROCESSO PENAL: POSSIBILIDADES E LIMITES EM CONFORMIDADE COM OS TERMOS DO ACORDO DE COLABORAÇÃO PREMIADA

THE DEFENSE OF THE CRIMINAL TURN STATE'S EVIDENCE:  
POSSIBILITIES AND LIMITS WHEN COMPLYING WITH  
THE TERMS OF THE COOPERATION AGREEMENT

VINICIUS GOMES DE VASCONCELLOS<sup>1</sup>

ANDRÉ MIRZA MADURO<sup>2</sup>

DIMAS ANTÔNIO GONÇALVES FAGUNDES REIS<sup>3</sup>

**RESUMO:** Neste artigo, desenvolve-se análise crítica sobre a extensão da aderência da defesa penal à pretensão acusatória no âmbito da colaboração premiada. A partir de pesquisa bibliográfica, buscar-se responder à seguinte indagação: é possível, ao delator, formular pedido de absolvição por insuficiência probatória, em alegações finais, apesar do cumprimento de acordo de colaboração premiada com o Ministério Público? Sustenta-se que, ao final da instrução, ainda que tenha cumprido as obrigações previstas no acordo, é possível que, por outros motivos, não existam elementos suficientes para a condenação, de modo que o colaborador pode requerer, em alegações finais, a absolvição. Nesse cenário, a efetividade da colaboração é medida pelo cumprimento aos termos do acordo e eventual manifestação pela absolvição não pode ser motivo para a sua rescisão. Assim, ainda que proferida condenação, ao colaborador devem ser assegurados os benefícios previstos no acordo. Além disso, em caso de condenação parcial, pode ocorrer alteração fática a determinar a repactuação das sanções e benefícios previstos no acordo.

**PALAVRAS-CHAVE:** defesa penal; colaboração premiada; cumprimento ao acordo; pedido de absolvição; repactuação.

- 1 Doutor em Direito pela Universidade de São Paulo, com período de sanduíche na Universidad Complutense de Madrid (bolsa PDSE/CAPES) e estágio de pós-doutoramento pela Universidade Federal do Rio de Janeiro. Mestre em Ciências Criminais pela PUCRS. Professor doutor da Universidade de São Paulo (USP). Professor permanente do Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa - IDP/DF (mestrado/doutorado) e da Universidade Católica de Brasília (mestrado). Editor-chefe da RBDPP. Advogado. <https://orcid.org/0000-0003-2020-5516>. Contato: [vinicius.vasconcellos@usp.br](mailto:vinicius.vasconcellos@usp.br).
- 2 Doutorando e Mestre em Direito Constitucional no Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa - IDP/DF. Pós-graduado em Direito Penal Econômico e Europeu pela Universidade de Coimbra. Advogado. <https://orcid.org/0000-0002-2187-5602>. Contato: [mirza.andre@gmail.com](mailto:mirza.andre@gmail.com).
- 3 Doutorando e Mestre em Direito Constitucional no Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa - IDP/DF. Advogado. <https://orcid.org/0000-0002-7107-8003>. Contato: [dimasfagundesreis@yahoo.com.br](mailto:dimasfagundesreis@yahoo.com.br); [dimas@fagundesgarcia.com](mailto:dimas@fagundesgarcia.com).

**ABSTRACT:** In this article, we examine the extent to which criminal defense adheres to the accusatory claim within cooperation agreement in criminal procedure. Based on bibliographical research, we will seek to answer the following question: is it possible for the defense of the criminal turn state's evidence to formulate a request for acquittal due to insufficient evidence, despite complying with the collaboration agreement with the Public Prosecutor's Office? It is argued that, even if the obligations set out in the agreement have been fulfilled, it is possible that, for other reasons, there are not enough evidence for conviction, so that the defendant may request acquittal in the process. In this scenario, the effectiveness of the collaboration is measured by compliance with the terms of the agreement and any manifestation of acquittal cannot be a reason for its termination. Therefore, even if a conviction is placed, the defendant must be guaranteed the benefits provided for in the collaboration agreement. Furthermore, in the case of a partial conviction, a factual change may occur and determines the renegotiation of the sanctions and benefits provided for in the agreement.

**KEYWORDS:** criminal defense; cooperation agreement; agreement accomplishment; acquittal request; agreement renegotiation.

**SUMÁRIO:** 1 Introdução; 2 Defesa penal e boa-fé objetiva processual: contornos essenciais; 3 Defesa penal em um contexto de expansão da justiça negocial; 4 Defesa penal e colaboração premiada: aderência integral à pretensão condenatória?; 5 Vinculação do juízo aos benefícios acordados e possibilidade de absolvição; 6 Benefícios, penas unificadas e repactuação diante de modificação fática relevante pela absolvição parcial; 7 Considerações finais; Referências bibliográficas.

## 1 Introdução

A defesa penal, ao longo das últimas décadas, passa por mudanças significativas em relação ao seu campo de atuação. Além da proliferação de novos tipos penais, mais complexos do ponto de vista dogmático e probatório, os espaços negociais vêm aumentando significativamente.

Diante desse cenário, em que a tradicional posição de resistência à acusação convive com acordos premiais,<sup>4</sup> espera-se do advogado criminal constante aperfeiçoamento jurídico e o desenvolvimento de novas habilidades, não ministradas, como regra, nas universidades brasileiras, como, por exemplo, temas relacionados a técnicas de negociação.

4 Sobre isso, ver: VASCONCELLOS, Vinicius G. Lide na justiça criminal? Sobre a importância do conflito de interesses entre as partes processuais e sua irrelevância para a necessidade do Processo Penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 119, p. 165-199, 2016.

Por outro lado, o referido incremento da justiça criminal negocial, em diversos momentos, colide com o arcabouço legal (e principiológico) existente, há décadas, ao processo penal brasileiro. Consequentemente, dúvidas quanto a eventuais limites ao princípio da ampla defesa (autodefesa e defesa técnica) são frequentes, tendo em vista as peculiaridades da dinâmica negocial.

Assim, neste artigo, pretende-se analisar, no campo da colaboração premiada, a extensão da aderência defensiva à pretensão acusatória. Mais especificamente, almeja-se responder ao seguinte problema: é possível, ao delator, formular pedido de absolvição por insuficiência probatória, em alegações finais, apesar do cumprimento de acordo de colaboração premiada com o Ministério Público? Trata-se de questão relevante, ao passo que tal postura pode ser percebida como contrária ao acordo e ensejar pedido de rescisão pelo órgão acusatório, o qual deve ser analisado se legítimo ou não.

No primeiro tópico, serão abordados contornos essenciais da defesa penal a partir dos primados da boa-fé objetiva processual. Em seguida, discorreremos sobre a defesa penal diante do aumento dos mecanismos negociais no ordenamento jurídico pátrio. No terceiro tópico, a partir das considerações até então expendidas, a mencionada pergunta será objeto de apreciação. Almeja-se, dessa forma, contribuir para o correto funcionamento do sistema de administração de justiça criminal brasileira e para o desenvolvimento do assunto no âmbito da ciência jurídica. Ao final, nos tópicos quatro e cinco, serão analisadas os impactos de tais questões quanto à vinculação do juízo aos termos acordados e às possibilidades de repactuação diante de modificação fática relevante pela absolvição parcial.

## **2 Defesa penal e boa-fé objetiva processual: contornos essenciais**

A advocacia criminal desperta paixões. Durante a graduação, os discentes se encantam com a profissão. Todavia, quando concluem o curso de Direito, constatam que, na prática, a tarefa de defender uma pessoa acusada ou investigada de um crime é, na realidade, bastante complexa.<sup>5</sup>

Além de conviver com a natural angústia de seu constituinte, o trabalho de advogadas e advogados é, por vezes, incompreendido. Isso, porque, dependendo da natureza do delito em questão e/ou do interesse midiático à causa, sua performance é confundida com a conduta do réu. Ademais, aos causídicos, não são incomuns desrespeitos às prerrogativas profissionais, ausência de urbanidade e total desconsideração dos seus argumentos durante a dialética processual.<sup>6</sup>

5 Em termos de debates contemporâneos sobre atuação da defesa técnica, remete-se a: MALAN, Diogo. *Advocacia criminal contemporânea*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2022.

6 "A essência, a dificuldade, a nobreza da advocacia é esta: permanecer sobre o último degrau da escada ao lado do acusado. O povo não compreende aquilo que os demais, tampouco os juristas entendem; e riem, burlam

Realisticamente, em que pese a importância da advocacia em movimentos democráticos ao longo da história brasileira,<sup>7</sup> o defensor, atualmente, convive com uma série de entraves para a realização de seu *mínus público*. Em situações mais drásticas, aliás, aspira-se sua criminalização a partir de uma heterodoxa interpretação das normas que punem os delitos de lavagem de capitais e obstrução de justiça.

Trata-se, de acordo com a história, de pensamento afeito a regimes autoritários, cuja figura do advogado é retratada como óbice aos seus nefastos desígnios. Fragilizar a defesa penal, em prol de um suposto eficientismo punitivo ou qualquer projeto de poder,<sup>8</sup> em última análise, enfraquece os ideais democráticos.<sup>9</sup>

Ante a sua importância, a Constituição Federal, em seu artigo 133, estatuiu que “*o advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei.*” Ao interpretar o referido dispositivo constitucional, a Suprema Corte Brasileira decidiu que “*o respeito às prerrogativas profissionais do Advogado constitui garantia da própria sociedade e das pessoas em geral, porque o Advogado, nesse contexto, desempenha papel essencial na proteção e defesa dos direitos e liberdades fundamentais.*”<sup>10</sup>

Por outro viés, a deficiente atuação do defensor pode comprometer a marcha processual, na medida em que, conforme a súmula 523 do Supremo Tribunal Federal, “*no processo penal, a falta da defesa constitui nulidade absoluta, mas a sua deficiência só o anulará se houver prova de prejuízo para o réu.*” Ora, a defesa no âmbito penal, independentemente do réu, não pode ser apenas formal, mas sim materialmente efetiva, sob pena de violação ao artigo 5º, inciso LV, da Constituição Federal (princípios do contraditório e ampla defesa).<sup>11</sup>

e escarnecem. Não é um trabalho que goze da simpatia do público, e mesmo de cirineu”. (CARNELUTTI, Francesco. *As misérias do processo penal*. 3ª ed. Tradução: Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: Russell Editores, 2009. p. 31-32)

7 À guisa de ilustração: KRONENBERGER, Thais Soares; LOPES, Barbara Goulart M.; BEZERRA, Joana Carlos. Wilson Mirza e a democracia destituída. In: SÁ, MUNTEAL, MARTINS (org.). *Os advogados e a ditadura de 1964: a defesa dos perseguidos políticos no Brasil*. Rio de Janeiro: PUC-Rio/Vozes, 2010. p. 176-193; MELCHIOR, Antonio P. *Juristas em resistência*. São Paulo: Contracorrente, 2023.

8 “O controle criminal que ultrapassa barreiras da legalidade, além de fragilizar a democracia pela ruptura do Estado de Direito, também pode ser qualificado como uma atuação corrupta, em especial se proporciona benefícios pessoais ou institucionais a quem o promove.” (RODRIGUES, Fabiana Alves. *Lava jato: aprendizado institucional e ação estratégica na Justiça*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2020. p. 264)

9 “E, portanto, há aqui um círculo não vicioso, mas virtuoso: a advocacia é peça fundamental para se garantir a democracia, que, por seu turno, é a condição natural do exercício da advocacia. Ou ainda: a advocacia garante a democracia que garante a advocacia” (GLOECKNER, Ricardo Jacobsen; SCAPINI, Marco Antonio de Abreu. *Prerrogativa de resistência: a advocacia que não teme a sua missão*. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, vol. 159, p. 69-108, 2019).

10 BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2ª Turma). Habeas corpus nº 98237/SP. Rel. Min. Celso de Mello. j. 15/12/2010.

11 Segundo Diogo Malan, “*para fins de aferição do grau de efetividade da defesa penal, o julgador deve ter em vista dois critérios: um concernente ao empenho pessoal e outro à capacitação técnica do defensor, levando em conta, em regra, o complexo ou conteúdo diversificado sua atuação. Aquele pode ser desmembrado em três critérios distintos: (i) comparecimento aos atos processuais; (ii) protocolização de peças processuais; (iii) requerimentos de provas. Por outro*

A proteção do direito de defesa é premissa indispensável para a estruturação do processo penal em qualquer sociedade democrática. Tanto em termos de efetividade dos direitos fundamentais e limitação do poder punitivo, quanto em relação à configuração de um mecanismo confiável para a reconstrução dos fatos passados, a participação da pessoa acusada para exercer o seu direito de defesa e ao contraditório é peça determinante ao sistema de justiça criminal.<sup>12</sup> Por um lado, a racionalização da resposta punitiva pressupõe a salvaguarda dos direitos de quem é submetido à persecução penal.<sup>13</sup> Por outro, somente com a participação ativa da defesa será implementada a dialeticidade necessária para a formação da decisão judicial informada em contraditório e, assim, legítima em conformidade com os primados do devido processo.<sup>14</sup>

Contudo, ainda que ponderada em um cenário geral pelo respeito ao direito de defesa, na justiça negocial consolida-se um dever de boa-fé objetiva processual, ao menos nos limites da manutenção do acordo, visto que seu descumprimento pode ocasionar a rescisão e a cassação de benefícios. Afirma-se que *“todas as searas do Direito devem obediência aos conceitos parcelares da boa-fé objetiva processual, haja vista a possibilidade de extrair seu fundamento do texto constitucional”, em especial, do “direito fundamental a um processo justo, pois, em última análise, um comportamento ético dos sujeitos processuais viabiliza a concretização de uma série de garantias fundamentais (e não apenas uma), que embasam a ideia de fair trial (contraditório, paridade de armas, motivação das decisões judiciais, etc.).”*<sup>15</sup>

Além da vedação de comportamentos contraditórios (*venire contra factum proprium*) e da segurança resultante de comportamentos duradouros (*supressio*), Hermes Zaneti Jr. elenca, ainda, as seguintes aplicações da boa-fé objetiva processual: i) *“a proibição de criar dolosamente posições processuais”*; ii) *“a proibição do abuso de direitos processuais”*; iii) *“a imposição do dever de cooperação”*; iv) *“a imposição do princípio de boa-fé aos negócios jurídicos processuais como condição de validade”*; e v) *“o dever de interpretação do pedido (postulações) e das decisões judiciais de acordo com a boa-fé”*.

---

lado, o critério da capacitação técnica do defensor leva em consideração o conteúdo jurídico das suas alegações finais e razões de apelação.” (MÁLAN, Diogo R. Defesa penal efetiva. *Doutrinas Essenciais Processo Penal*, vol. 1, p. 67-94, 2012)

12 CARVALHO, Luis Gustavo. *Processo Penal e Constituição*. 6ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 174-175; MOURA, Maria Thereza; BASTOS, Cleonice. Defesa penal: Direito ou garantia? *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 110, 1993, p. 110-125.

13 “Na atualidade, a presença do defensor deve ser concebida como um instrumento de controle da atuação do Estado e de seus órgãos no processo o penal, garantindo o respeito à lei e à Justiça. Se o processo penal deve ser um instrumento de proteção dos direitos fundamentais do sujeito passivo, o defensor deve adequar-se a tal fim, atuando para a sua melhor consecução” (LOPES JR., Aury; GLOECKNER, Ricardo. *Investigação preliminar no processo penal*. 6ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 476).

14 “O direito de defesa é ao mesmo tempo garantia da própria justiça, havendo interesse público em que todos os acusados sejam defendidos, pois só assim será assegurado efetivo contraditório, sem o qual não se pode atingir uma solução justa” (FERNANDES, Antonio S. *Processo penal constitucional*. 7ed. São Paulo: RT, 2012, p. 258).

15 MIRZA MADURO, André. *Acesso aos autos na colaboração premiada*. Belo Horizonte: D’Plácido, 2020. p. 35.

Demais disso, o referido autor preleciona que a boa-fé objetiva processual é uma cláusula geral, “*carente de densificação*”. E, por conseguinte, “*a construção elaborada pelos tribunais a partir do texto normativo permitirá a densificação de novas hipóteses de incidência.*”<sup>16</sup>

A Suprema Corte Brasileira já relacionou a boa-fé objetiva ao processo penal, ao decidir que “*o réu que participou de todos os atos processuais e, ciente da condenação, muda seu domicílio sem prévia comunicação ao juízo competente, viola o princípio da boa-fé objetiva que deve reger todas as relações jurídicas, inclusive entre o agente e o Estado.*”<sup>17</sup>

Todavia, apesar de considerar acertada a aludida consideração, não se pode tolerar indevidos cerceamentos das faculdades defensivas. Em outras palavras, o direito de defesa, com todos os recursos a ele inerentes, respeitados os marcos legais, não pode ser limitado em favor de uma suposta eficácia e rapidez da resposta punitiva do Estado.

Em um processo penal tradicional, caracterizado por uma resistência à posição acusatória, há, na doutrina, importantes estudos e pesquisas sobre o direito de defesa (efetiva). Em contrapartida, no processo penal negocial, a produção acadêmica é ainda tímida, o que demanda análises específicas, vez que a consolidação dos acordos premiais na sistemática brasileira comporta constantes debates e inquietudes dogmáticas.<sup>18</sup>

### 3 Defesa penal em um contexto de expansão da justiça negocial

Afirma-se que a justiça criminal negocial se define como “*modelo que se pauta pela aceitação (consenso) de ambas as partes – acusação e defesa – a um acordo de colaboração processual com o afastamento do réu de sua posição de resistência, em regra impondo encerramento antecipado, abreviação, supressão integral ou de alguma fase do processo, fundamentalmente com o objetivo de facilitar a imposição de uma sanção penal com algum percentual de redução, o que caracteriza o benefício ao imputado em razão da renúncia ao devido transcorrer do processo penal com todas as garantias a ele inerentes.*”<sup>19</sup>

16 ZANETI JR., Hermes. O Ministério Público e as Normas Fundamentais do Direito Processual Civil Brasileiro. *Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro*, n.º 68, 2018. p. 177-181.

17 BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2ª Turma). Habeas corpus nº 92012-8/SP. Rel. Min. Ellen Gracie. Julgado em 10/06/2008.

18 A propósito, ver: VASCONCELLOS, Vinicius G. Direito à defesa técnica no processo penal e novas tendências da justiça criminal. In: MADEIRA, BADARÓ, SCHIETTI CRUZ (org.). *Código de Processo Penal: Estudos comemorativos aos 80 anos de vigência*. São Paulo: RT, 2021. p. 171-184.

19 VASCONCELLOS, Vinicius G. *Colaboração premiada no processo penal*. 4ª ed. São Paulo: RT, 2021. p. 25.

Em primeiro lugar, salta aos olhos a mudança de paradigma em relação ao direito de defesa: independentemente da assunção ou reconhecimento estatal de culpa, a defesa abandona sua tradicional posição de resistência à pretensão acusatória. Isto é, conforma-se, pelo menos inicialmente, com a persecução penal. Teresa Armenta observa que *“em todos os sistemas, as vantagens que pressupõem a resolução por acordo são semelhantes e conduzem a uma resolução notavelmente mais rápida, pelo que este é precisamente o argumento mais utilizado contra as críticas que se fazem, sendo o único instrumento possível ou, claro, o mais eficiente para obter a aceleração repetida.”*<sup>20</sup>

No Brasil, a partir de uma visível expansão do direito penal e da impossibilidade de conferir celeridade ao elevado número de processos, outras soluções para o conflito penal, como os acordos penais, foram aventadas: transação penal (art. 76 da Lei 9.099/95); suspensão condicional do processo (art. 89 da Lei 9.099/95); colaboração premiada (Lei 12.850/13); e, recentemente, o acordo de não persecução penal (art. 28-A do CPP).

Considerando-se que o avanço do processo penal consensual é irreversível,<sup>21</sup> tem-se como necessário um filtro constitucional,<sup>22</sup> pois *“o processo penal não pode correr o risco de se tornar um locus onde se dispõe da liberdade das pessoas como se negocia com as coisas no direito privado.”*<sup>23</sup> Nesse particular, ganha importância o papel da advocacia criminal na perspectiva negocial, justamente para diminuir, na medida do possível, abusos, ameaças e ilegalidades dos órgãos responsáveis pela persecução penal. Ao contrário do que se possa pensar em um primeiro momento, sua atuação não é simples. Ao advogado, não se espera uma postura passiva, de coadjuvante, alguém que apenas figure como ratificador da vontade estatal.

Inicialmente, quando externada a vontade de realizar um acordo com o órgão persecutório, é imprescindível que haja o devido aconselhamento jurídico.<sup>24</sup> Vale dizer, o advogado precisará, além de analisar/estudar o caso penal, mediante acesso aos autos,<sup>25</sup> informar e esclarecer todas as possíveis consequências jurídicas

20 ARMENTA DEU, Teresa. *Sistemas Procesales Penales: La justicia penal en Europa y América - un camino de ida y vuelta?* Madrid: Marcial Pons, 2012. p. 133. (tradução livre)

21 Como espaço negocial, podemos citar, ainda, a composição civil dos danos, prevista na Lei 9.099/95. Demais disso, como forma de demonstrar o irreversível avanço da justiça negocial, cumpre mencionar que há projetos de lei em tramitação sobre a temática (PL 8.045/2010 e PLS 236/2012).

22 Sobre o tema: REIS, Dimas A. G. F. *A rescisão do acordo de colaboração premiada a partir do sistema de garantias constitucionais*. Belo Horizonte: Fórum, 2022. p. 23-31.

23 GIACOMOLLI, Nereu José. *O devido processo penal: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica*. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2016. p. 332.

24 Conforme Diogo Malan, *“caso o profissional opte pela política de não representar colaboradores premiados, ele deve informar o cliente a respeito já durante a primeira entrevista, assegurando que o cliente compreendeu tal política e seus motivos, e que todas as opções estratégicas e táticas processuais do cliente continuam preservadas.”* (MALAN, Diogo R. *Advocacia criminal contemporânea*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2022. p. 90)

25 Conforme defendido em sede doutrinária, *“caso não haja indeferimento sumário da proposta de acordo de colaboração premiada, é dever da acusação, na primeira reunião com o colaborador e sua defesa técnica, esclarecer o contexto persecutório em sua inteireza, franqueando acesso a todos os elementos constantes de procedimentos investigativos findos e abertos, sem exceção, independentemente de diligências em curso ou futuras, que possam ter alguma implicação na*



(penais e em outras searas do Direito) e extrajurídicas (pessoais/familiares e profissionais, por exemplo) que envolvam a formalização da avença.<sup>26</sup>

Durante a negociação, é preciso ter em mente que a proposta de acordo não pode ser equiparada a um contrato de adesão, ainda que, no processo penal, a paridade de armas seja, muitas vezes, inalcançável.<sup>27</sup> Nesse sentido, espera-se, do advogado, uma negociação séria, ética, polida e eficaz, que humanize seu cliente e evite ameaças estatais, como a prática de *overcharging* (inchaço artificial da acusação).<sup>28</sup> Assim, o acordo deve conter cláusulas e condições claras, reduzindo riscos e surpresas.

Após ultimado o acordo, é preciso manter o acompanhamento do caso, até mesmo para que se assegurem os benefícios pactuados. Na hipótese de colaboração premiada, tendo em vista sua finalidade probatória, provavelmente, haverá uma série de questionamentos fáticos e jurídicos por parte dos delatados. Enquanto em momentos iniciais após o surgimento da Lei 12.850/13 o debate centrou-se na etapa de negociações dos acordos, com o passar do tempo verificou-se que a fase de execução e colaboração efetiva gera inúmeras tensões que demandam uma atuação proativa da defesa técnica.

Definitivamente, o caminho negocial não é simples,<sup>29</sup> até mesmo porque remanescem dúvidas quanto à extensão da aderência defensiva aos propósitos acusatórios, o que, aliás, motivou a pergunta elaborada na introdução, objeto de análise no próximo tópico.

*esfera de direitos do colaborador.*" (MIRZA MADURO, André. *Acesso aos autos na colaboração premiada*. 1ª ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2020. p. 164)

- 26 "O advogado tem o dever e a obrigação de orientar o cliente, de fazer uma avaliação precisa do direito que ele tem, das vantagens, dos riscos e da conveniência de litigar ou não. E mais, deve também indicar quais são os limites da sua atuação, observando aquilo que está estabelecido nas leis do processo, no Estatuto e no Código de Ética." (CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. O advogado. *Revista Eletrônica de Direito Processual - REDP*, Vol. 13, 2014. p. 686)
- 27 Geraldo Prado, acerca dos mecanismos de justiça penal consensual, incluindo, naturalmente, a colaboração premiada, aduz que seu funcionamento perpassa por "concessões recíprocas que não são marcadas pelo equilíbrio de poder entre os participantes do negócio jurídico." (PRADO, Geraldo. *Estudos jurídicos*. São Paulo: Contracorrente, 2018. p. 146)
- 28 O diálogo é fundamental na justiça negocial. Portanto, o investigado ou acusado deve ser tratado como sujeito de direitos, e não como objeto do processo, sendo merecedor, portanto, de um tratamento digno por parte das autoridades persecutórias, em especial, do Ministério Público, fiscal da ordem jurídica. A propósito: "O processo é um instrumento ético e deve pautar dentro de regras morais e de respeito da dignidade do indivíduo. O processo penal deve se desenvolver dentro de uma forma moral inatacável. Nem a persecução penal, nem a punição do culpado, são valores absolutos do processo penal que não possam ceder ante um limite legal e de respeito à dignidade da pessoa humana." (GRINOVER, Ada Pellegrini. *O processo*: III série: estudos e pareceres de processo penal. 1ª ed. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2013. p. 227)
- 29 Cabe registrar que a defesa penal precisa, inclusive na seara negocial, ser efetiva, e não meramente formal, durante todo o procedimento, isto é, desde o aconselhamento. Sobre o tema: ALKON, Cynthia. "Plea Bargain Negotiations: Defining Competence beyond Lafler and Frye." *American Criminal Law Review*, vol. 53, no. 2, Spring 2016, pp. 377-408.

#### 4 Defesa penal e colaboração premiada: aderência integral à pretensão condenatória?

Embora a colaboração premiada não tenha surgido no ordenamento brasileiro com a Lei 12.850/13, maiores debates ocorreram nos anos subsequentes, especialmente em razão das megaoperações que marcaram os últimos anos da justiça criminal pátria. É bem verdade que, no decorrer dos anos, aprimoramentos foram realizados, de modo a preencher lacunas legislativas e deontológicas específicas. Por exemplo, cite-se o recente entendimento firmado pelo Tribunal de Ética e Disciplina da OAB/RJ sobre a necessidade de informar ao advogado da causa a contratação de outro profissional para representar o mesmo cliente durante uma colaboração premiada, apesar do sigilo inerente a esse tipo de acordo.<sup>30</sup> Ainda assim, é fundamental o contínuo trabalho acadêmico sobre a temática.

Sobre a interposição de recursos e ajuizamento de ações constitucionais,<sup>31</sup> há, ainda, discussões relevantes.<sup>32</sup> Ricardo Lewandowski entende que é inoperante a *“desistência antecipada de apresentação de recursos, mandados de segurança ou habeas corpus, uma vez que tais renúncias, como é evidente, vulneram direitos e garantias fundamentais, irrenunciáveis, do colaborador.”*<sup>33</sup> Frederico Valdez, a seu turno, após mencionar que *“a confiança e a boa-fé incidem no negócio jurídico, e servem como balizador das condutas dos protagonistas do acordo”*, conclui que há possibilidade recursal, *“desde que esses recursos e impugnações não entrem em flagrante contradição com o estritamente pactuado.”*<sup>34</sup>

A preocupação com a boa-fé (objetiva), mormente com a vedação de comportamentos contraditórios, além de constar expressamente da Lei 12.850/2013,<sup>35</sup>

30 Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2022-out-17/antes-negociar-delacao-advogado-informar-defensor>. Acesso em: 19/10/2022, às 15hs:59min.

31 Em se tratando de transação penal e suspensão condicional do processo, ver: BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2ª Turma). Habeas corpus nº 176785/DF. Rel. Min. Gilmar Mendes. Julgado em 17/12/2019 e BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2ª Turma). Habeas corpus nº 82365/SP. Rel. Min. Cezar Peluso. Julgado em 27/05/2008.

32 Note-se que a alteração legislativa operada pelo pacote anticrime (Lei 13.964/2019) não conseguiu, a nosso ver, sanar a questão, apesar da inclusão do artigo 4º, §7º-B, na Lei 12.850/2013: *“são nulas de pleno direito as provisões de renúncia ao direito de impugnar a decisão homologatória.”* Isso, porque, a referida decisão (homologatória) é diferente do acordo de colaboração premiada em si e de uma sentença com resolução de mérito. Portanto, as abordagens são distintas.

33 LEWANDOWSKI, Ricardo. Limites da colaboração premiada em face dos princípios da reserva legal e de jurisdição. *Revista dos Tribunais*, vol. 1000, p. 385 - 393, 2019. Ver também: VASCONCELLOS, Vinicius G. *Colaboração premiada no processo penal*. 4ª ed. São Paulo: RT, 2021. p. 218-222 e CALLEGARI, André Luís; LINHARES, Raul Marques. *Colaboração premiada: lições práticas e teóricas: de acordo com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Marcial Pons, 2021. p. 123-125.

34 PEREIRA, Frederico Valdez. Justiça negocial, colaboração premiada e boa-fé objetiva. In: SALGADO, Daniel de Resende; KIRCHER, Luis Felipe Schneider; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de (coord.). *Justiça Consensual: Acordos Penais, Cíveis e Administrativos*. Salvador: JusPodivm, 2022. p. 234.

35 *“Art. 3º-B. O recebimento da proposta para formalização de acordo de colaboração demarca o início das negociações e constitui também marco de confidencialidade, configurando violação de sigilo e quebra da confiança e da boa-fé a divulgação de tais tratativas iniciais ou de documento que as formalize, até o levantamento de sigilo por decisão judicial.”*

encontra-se presente no item 33 da Orientação Conjunta n.º 1/2018 expedida pelo Ministério Público Federal: “o acordo de colaboração deve prever a recorribilidade da sentença condenatória ou absolutória somente na parte que extrapolar os limites do acordo, como desdobramento do princípio do *nemo potest venire contra factum proprium*.”<sup>36</sup> Com isso, a par desse posicionamento, não seria possível recorrer de uma sentença condenatória que acolhesse o acordo de colaboração premiada em sua totalidade, independentemente da futura produção probatória perante o juízo competente.<sup>37</sup>

Em que pese a importância da boa-fé objetiva processual, inclusive no campo criminal, tem-se como fundamental interpretá-la conjuntamente com o princípio da ampla defesa (com todos os recursos a ele inerentes). Conforme acima mencionado, não é possível cercear o direito de defesa, mesmo em se tratando de justiça criminal negocial, em que o diálogo e a concordância são premissas fundantes. Por isso, eventuais cláusulas que limitem irresignações defensivas (recursais ou perante o 1º grau de jurisdição) são, em nosso sentir, nulas. Do contrário, tornar-se-á o colaborador um eterno submisso dos desígnios acusatórios, o que deve ser veementemente rechaçado.

Dessa forma, sustenta-se a possibilidade de o colaborador discordar futuramente da pretensão acusatória, em que pese a celebração de um acordo de colaboração premiada, sem qualquer violação à boa-fé objetiva processual, em virtude de fatos supervenientes não abarcados (ou não identificados) na avença formalizada. Com o intuito de confirmar a aludida proposição, pensemos em hipóteses de nulidade durante a instrução criminal ou de extinção da punibilidade (prescrição). Diante dessas possibilidades, não há qualquer contradição em postular seu reconhecimento, por intermédio de *habeas corpus*, por exemplo, ainda que exista discordância ministerial e prévio acordo de colaboração premiada. Entendimento contrário permitiria o cometimento de ilegalidades, sem oposição defensiva, pela instituição que deve zelar justamente pela higidez da ordem jurídica. Isso, sim, a nosso ver, seria contraditório.

Dito isso, é oportuno retomar ao questionamento inicialmente proposto: à luz da boa-fé objetiva processual, é possível, ao delator, formular pedido de absolvição por insuficiência probatória, em alegações finais, apesar do cumprimento de acordo de colaboração premiada com o Ministério Público?

36 MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. Orientação Conjunta n.º 1/2018. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr5/orientacoes/orientacao-conjunta-no-1-2018.pdf>. Acesso em 20/10/22, às 15hs:01min.

37 Note-se que a situação é completamente diferente de um eventual recurso contra sentença condenatória que deixa de aplicar os benefícios anteriormente pactuados. Nesse caso, não há dúvidas sobre a possibilidade recursal, inclusive por parte do Ministério Público.

Novamente, apesar do ajuste prévio e do adimplemento do que restou acordado pela defesa, tem-se como possível, do ponto de vista dogmático, o desencontro de vontades nesse momento processual. Vale dizer, é possível ir de encontro ao pedido condenatório. Eventual cláusula no acordo de delação premiada em sentido contrário seria nula, por violação ao princípio da ampla defesa, passível, por conseguinte, de afastamento pelo Poder Judiciário.

É bem verdade que, além de confessar, o colaborador e sua defesa técnica devem apresentar elementos de corroboração, pois, caso contrário, segundo a legislação vigente, o acordo de colaboração premiada não será celebrado.<sup>38</sup> Nada obstante, a confissão e os respectivos elementos de corroboração, podem não preencher, por si só, o *standard* probatório para uma condenação penal.<sup>39</sup> Para isso, é inarredável a produção de provas, sob o crivo do contraditório, perante um juízo competente.

Em relação à confissão, para aferir seu valor, de acordo com o artigo 197 do Código de Processo Penal, deverá haver confronto com o caderno probatório. Ou seja, não pode ser considerada a “rainha das provas”, até mesmo porque pode ter sido apresentada por vários motivos que retirariam sua legitimidade (ocultar o verdadeiro culpado, tortura (física ou psicológica), entre outros). Será necessário, com isso, ao fim da instrução criminal, analisar o conjunto de provas em sua totalidade.

Não é outro o raciocínio no que se refere aos elementos de corroboração. Apesar dos parâmetros restritivos da Suprema Corte Brasileira,<sup>40</sup> capazes, a nosso juízo, de minimizar acusações açodadas/infundadas, não é lícito concluir pela automática comprovação cabal da prática delituosa. Ainda que o colaborador

38 Artigo 3º-C, §4º, da Lei 12.850/2013: “Incumbe à defesa instruir a proposta de colaboração e os anexos com os fatos adequadamente descritos, com todas as suas circunstâncias, indicando as provas e os elementos de corroboração.”

39 Sobre o *standard* de prova para condenações penais, Vinicius Vasconcellos entende que “para se superar a presunção de inocência, não basta que a hipótese incriminatória seja provável e possua confirmação em mais provas, é também necessário que eventuais hipóteses alternativas sejam afastadas. Embora a decisão judicial sempre possa ser permeada por dúvidas de diversas naturezas, inerentes ao pensar humano, se houver uma dúvida razoável a absolvição deve se impor.” E, alfmim, esclarece que “após comprovar consistentemente a hipótese incriminatória, deve-se afastar eventuais explicações alternativas para os fatos provados, ou seja, a tese incriminatória deve resistir a qualquer dúvida razoável. A dúvida razoável pode ser definida como a hipótese alternativa à tese incriminatória que se mostre logicamente possível e amparada pelo lastro probatório do processo.” (VASCONCELLOS, Vinicius G. *Standard probatório para condenação e dúvida razoável no processo penal: Análise das possíveis contribuições ao ordenamento brasileiro*. Revista Direito GV, São Paulo, v. 16, n. 02, maio-ago. 2020. p. 20)

40 “8. Os termos de *colaboração*, na hipótese dos autos, não encontram respaldo em elementos *externos* de *corroboração*, o que contraria entendimento que vem sendo adotado por este Supremo Tribunal. Precedentes. 9. A jurisprudência da Corte é categórica em excluir do conceito de elemento *externo* de *corroboração* documentos elaborados unilateralmente pelo próprio colaborador. Precedentes. 10. A *colaboração premiada*, como meio de obtenção de prova, tem aptidão para autorizar a deflagração da investigação preliminar, visando à aquisição de coisas materiais, traços ou declarações dotados de força probatória. Essa, em verdade, constitui sua verdadeira vocação probatória. Todavia, os depoimentos do colaborador premiado, sem outras provas idôneas de *corroboração*, não se revestem de densidade suficiente para lastrear um juízo condenatório.” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2ª Turma). Ação penal nº 1.003/DF. Rel. Min. Edson Fachin. Red. do acórdão Dias Toffoli. Julgado em 19/06/2018)

apresente os elementos de corroboração necessários à homologação do acordo, isso nem sempre será suficiente para o juízo condenatório em relação a todas as imputações formuladas. Ou, durante a instrução processual, podem surgir outros elementos que fragilizem a tese acusatória.

Em outras palavras, apesar da confissão e da apresentação de elementos de corroboração, o *Parquet* necessita se desincumbir de seu ônus probatório.<sup>41</sup> Independentemente da postura colaborativa do delator (que, por coerência, deve ser mantida nos moldes previamente acordados), a acusação deve comprovar a ocorrência do delito, com todas as suas circunstâncias, para superar a presunção de inocência. E, por isso, naturalmente, finda a instrução, não enxergamos incoerência caso haja pedido absolutório por insuficiência probatória, por exemplo.

Registre-se que o colaborador, durante a tramitação do processo penal, de acordo com os primados da boa-fé objetiva processual, precisa adotar todas as condutas acordadas na delação premiada. Ou seja, seguir fielmente o que restou pactuado com o órgão acusador, sob pena de desfazimento do acordo. Entretanto, na ocasião da formalização do pacto, naturalmente, não é possível realizar um exercício de futurologia e, assim, prever como será a colheita probatória perante o juízo competente.

Portanto, não viola a boa-fé objetiva processual formular pedido absolutório, em alegações finais, por insuficiência probatória, apesar da anterior celebração de acordo de colaboração premiada, desde que o delator cumpra com todas as cláusulas contratuais.<sup>42</sup> Por oportuno, é válido advertir que, caso não haja acolhimento do referido pedido absolutório, no 1º grau de jurisdição ou em grau recursal, tal postura defensiva não pode ser censurada. Isto é, não pode ensejar qualquer impacto aos benefícios anteriormente pactuados, pois não houve qualquer descumprimento do que restou acordado. Definitivamente, não há violação à boa-fé objetiva processual.

## 5 Vinculação do juízo aos benefícios acordados e possibilidade de absolvição

Na sistemática de colaboração premiada, impõe-se que, se cumpridas suas cláusulas e realizada efetiva colaboração, o julgador deverá conceder o benefício máximo consentido pelas partes, ou seja, o magistrado fica vinculado ao acordo

41 Segundo Flávio Mirza, “é a acusação que deve provar um fato típico, antijurídico e culpável, com suas circunstâncias relevantes.” (MIRZA, Flávio. Processo Justo: o ônus da prova à luz dos princípios da presunção de inocência e do *in dubio pro reo*. Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP, Vol. 5, 2010, p. 558)

42 Repise-se que eventuais cláusulas restritivas ao direito de defesa, como interposição de recursos e ajuizamento de ações constitucionais, são nulas, não produzindo, assim, efeitos.

no momento do sentenciamento.<sup>43</sup> Trata-se de posição fortemente adotada pela jurisprudência pátria, no sentido de reconhecer um *direito subjetivo do colaborador ao benefício/prêmio*, se for efetiva a cooperação prestada, o que, conforme abordado no próximo item, diz respeito ao cumprimento das obrigações de meio previstas no acordo.

O STF assentou no HC 127.483: “(...) caso se configure, pelo integral cumprimento de sua obrigação, o direito subjetivo do colaborador à sanção premial, tem ele o direito de exigí-la judicialmente, inclusive recorrendo da sentença que deixar de reconhecê-la ou vier a aplicá-la em desconformidade com o acordo judicialmente homologado, sob pena de ofensa aos princípios da segurança jurídica e da proteção da confiança”.<sup>44</sup> Além disso, no julgamento da Questão de Ordem na PET 7074, que analisou os poderes do relator na homologação da colaboração e os limites de sua eventual revisão pelo colegiado, assentou-se que “o acordo de colaboração homologado como regular, voluntário e legal deverá, em regra, produzir seus efeitos em face ao cumprimento dos deveres assumidos pela colaboração, possibilitando ao órgão colegiado a análise do parágrafo 4º do artigo 966 do Código de Processo Civil”.<sup>45</sup>

Contudo, essa vinculação direciona-se ao mínimo do benefício a ser concedido pelo julgador, ao passo que, em concreto, pode ser determinada redução de pena maior que o acordado ou outro prêmio mais benéfico, conforme as possibilidades previstas na lei.<sup>46</sup> Nos termos da legislação, por exemplo, o próprio texto do § 2º do art. 4º da Lei 12.850/13 permite que as partes solicitem a concessão de benefício maior, mesmo após a homologação do acordo: “Considerando a relevância da colaboração prestada, o Ministério Público, a qualquer tempo, e o delegado de polícia, nos autos do inquérito policial, com a manifestação do Ministério Público, poderão requerer ou representar ao juiz pela concessão de perdão judicial ao colaborador, ainda que esse benefício não tenha sido previsto na proposta inicial,

43 PEREIRA, Frederico Valdez. *Delação premiada: legitimidade e procedimento*. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2016. p. 147; MENDONÇA, Andrey Borges de. A colaboração premiada e a nova Lei do Crime Organizado (Lei 12.850/13). *Revista Custos Legis*, v. 4, 2013. p. 30-31; FONSECA, Cibele B. G. *Colaboração premiada*. Belo Horizonte: Del Rey, 2017. p. 125.

44 STF, HC 127.483/PR, Trib. Pleno, rel. Min. Dias Toffoli, j. 27.08.2015, p. 63.

45 STF, QO na PET 7.074, Trib. Pleno, rel. Min. Edson Fachin, j. 29.06.2017.

46 MENDONÇA, Andrey Borges de. A colaboração premiada e a nova Lei do Crime Organizado (Lei 12.850/13). *Revista Custos Legis*, v. 4, 2013. p. 19; COURA, Alexandre C.; BEDÊ JR., Américo. Atuação do juiz no acordo de colaboração premiada e a garantia dos direitos fundamentais do acusado no processo penal brasileiro. *Revista dos Tribunais*, ano 105, v. 969, jul. 2016. p. 153. Segundo Alexandre Morais da Rosa, “o limite da pena a ser aplicada pelo juiz no momento da sentença será o teto da delação/colaboração homologada, sob pena de violação do venire contra factum proprium” (ROSA, Alexandre Morais da. A aplicação da pena na justiça negocial: a questão da vinculação do juiz aos termos da delação. In: BEDÊ JR., Américo; CAMPOS, Gabriel S. Q. (Coord.). *Sentença criminal e aplicação da pena*. Salvador: JusPodivm, 2017. p. 73). Assim também: CARVALHO, Salo. Colaboração premiada e aplicação da pena: garantias e incertezas dos acordos realizados na Operação Lava Jato. In: BEDÊ JR., Américo; CAMPOS, Gabriel S. Q. (Coord.). *Sentença criminal e aplicação da pena*. Salvador: JusPodivm, 2017. p. 519.

aplicando-se, no que couber, o art. 28 do Decreto-Lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal)”.

Além disso, seguindo tal lógica, a vinculação do juízo ao acordo homologado anteriormente não impõe condenação necessária ao colaborador ou aos corréus delatados, até porque há necessidade de corroboração por outras provas (art. 4º, § 16).<sup>47</sup> Desse modo, se não houver a produção de outros elementos probatórios que confirmem aquilo apontado pelo delator, impõe-se a sua absolvição.<sup>48</sup> De acordo com o Manual ENCCLA, “colaborador pode, como em qualquer outra demanda criminal, ser absolvido (CPP, artigo 386), ter a pena reduzida em *quantum* inferior àquele constante no acordo, seja esse pré-processual ou não”.<sup>49</sup>

## 6 Benefícios, penas unificadas e repactuação diante de modificação fática relevante pela absolvição parcial

Por fim, tem-se como fundamental esclarecer os contornos do artigo 4º, *caput*, da Lei 12.850/2013,<sup>50</sup> notadamente no caso de concurso de crimes, todos abarcados pelo acordo de colaboração premiada. A rigor, os benefícios legais pactuados deveriam respeitar as normas de individualização das penas. Contudo, na prática, em acordos de colaboração premiada, é comum que haja a estipulação de uma pena unificada para todos os delitos abrangidos pela negociação.

Assim, na hipótese de concurso de crimes (todos abarcados pelo acordo de colaboração premiada), o acolhimento de pedido absolutório somente em relação a uma parte da acusação pode ensejar a repactuação dos benefícios, para redução da pena, em razão da alteração fática relevante aos termos acordados.

Levando em consideração a possibilidade de o Ministério Público não se desincumbir de seu ônus probatório e a impossibilidade de se limitar, via cláusulas contratuais, eventuais irresignações defensivas (recursais ou mesmo perante o 1º grau de jurisdição), se houver o cumprimento dos deveres previstos no acordo de

47 ESTELLITA, Heloisa. A delação premiada para identificação dos demais coautores ou partícipes: algumas reflexões à luz do devido processo legal. *Boletim IBCCrim*, v. 17, n. 202, set. 2009. p. 2. De modo semelhante: PACELLI, Eugênio. *Curso de processo penal*. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2016. p. 863.

48 “Caso ao final da persecução penal não se tenha obtido prova suficiente para condenar o imputado colaborador – ou seja, não obstante tenha ele confessado, não se tenha conseguido provar materialidade e autoria – deve, em virtude do in dubio pro reo, ser decretada a absolvição, uma vez que a confissão não possui valor absoluto, devendo ser corroborada pelas demais provas do processo, nos termos do artigo 197, do Código de Processo Penal” (LAUAND, Mariana de Souza Lima. *O valor probatório da colaboração processual*. 2008. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo. p. 97).

49 Disponível em: [www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/sci/dados-da-atuacao/eventos-2/eventos-internacionais/conteudo-banners-1/enccla/restrito/manual-colaboracao-premiada-jan14.pdf/view]. Acesso em: 7.12.2023. p. 8.

50 “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:

colaboração premiada, não se vislumbra qualquer comportamento do colaborador que seja contraditório e/ou que contribua para o fracasso da pretensão acusatória.

Em outras palavras, independentemente da eficácia das provas produzidas durante a instrução criminal, a ser avaliada na sentença, caso haja integral cumprimento do acordo por parte do colaborador, não é legítimo frustrar sua expectativa/confiança em receber os benefícios negociados. A participação do delator durante a produção probatória não pode ser confundida com a tarefa do órgão acusador (angariar um conjunto sólido de provas incriminatórias, indene de dúvidas). Ou seja, o delator não pode ser penalizado pela ineficiência estatal.

Nos termos do artigo 3º-C, §4º, da Lei 12.850/2013, incluído pela Lei 13.964/2019, “*incumbe à defesa instruir a proposta de colaboração e os anexos com os fatos adequadamente descritos, com todas as suas circunstâncias, indicando as provas e os elementos de corroboração.*” Por outro lado, o §4º do artigo 3º-B da mencionada lei prevê que “*o acordo de colaboração premiada poderá ser precedido de instrução, quando houver necessidade de identificação ou complementação de seu objeto, dos fatos narrados, sua definição jurídica, relevância, utilidade e interesse público.*”

Da conjugação das aludidas normas, infere-se que a efetividade da colaboração prestada pelo delator poderá ser previamente avaliada, em instrução específica, se necessário. Portanto, a relevância e a utilidade dos elementos trazidos pelo colaborador poderão ser previamente analisadas pelo Ministério Público.

Caso não sobrevenha condenação do colaborador, de delatados e/ou de terceiros, por qualquer motivo (nulidade processual, incompetência judicial posteriormente reconhecida, *in dubio pro reo*, entre outros), apesar da adoção irrestrita do comportamento colaborativo negociado, não há como desconsiderar os benefícios penais, tendo em vista uma alegada ausência de efetividade.<sup>51</sup> O colaborador agiu como era esperado pelo Estado e cumpriu as suas obrigações previstas no acordo, de modo que os benefícios determinados devem ser assegurados.

Considerando-se, como já afirmado, que o colaborador tem direito subjetivo ao benefício e à sua determinação deve ser devidamente motivada pelo julgador, impõe-se a estruturação de critérios objetivos para tal decisão.<sup>52</sup> Conforme posição consolidada, a definição da dimensão do prêmio deve se dar pela aferição da eficácia e da extensão da colaboração prestada.<sup>53</sup>

51 Afirma-se que “em razão da segurança jurídica e da previsibilidade, em conformidade com a lógica introduzida pelo procedimento da Lei 12.850/2013, a homologação do acordo deve vincular o julgador no posterior sentenciamento, de modo que há direito subjetivo do colaborador ao benefício pactuado se ocorrer o cumprimento integral das cláusulas.” (VASCONCELLOS, Vinicius G. *Colaboração premiada no processo penal*. 4ª ed. São Paulo: RT, 2021. p. 290)

52 Sobre isso, ver: BITTAR, Walter B. *Delação premiada*. 3ª ed. São Paulo: Tirant, 2020. p. 202.

53 CARVALHO, Salo; LIMA, Camile Eltz de. *Delação premiada e confissão: filtros constitucionais e adequação sistemática*. In: PINHO, Ana C. Bastos de; GOMES, Marcus A. de Melo (Coord.). *Ciências criminais*:



Portanto, o § 1º do art. 4º (“... a concessão do benefício levará em conta a personalidade do colaborador, a natureza, as circunstâncias, a gravidade e a repercussão social do fato criminoso e a eficácia da colaboração”) deve ser interpretado em dois sentidos. Primeiramente, a personalidade do colaborador, a natureza, as circunstâncias, a gravidade e a repercussão social do fato criminoso, além dos potenciais resultados da cooperação, devem guiar a fixação do prêmio prometido no momento da realização do acordo. Posteriormente, no sentenciamento, o julgador deve, partindo das cláusulas acordadas, verificar a eficácia da colaboração prestada e o cumprimento dos termos do pacto.

Portanto, a análise que deve ser realizada pelo juízo no sentenciamento é de cunho eminentemente comparativo, ponderando a atuação cooperativa desempenhada pelo colaborador, sua eficácia e relevância para a persecução penal, e a atenção às cláusulas firmadas e homologadas no acordo.<sup>54</sup> Entretanto, a aferição da efetividade não pode depender da obtenção da condenação ou prisão de corréu, da apreensão total do produto do crime ou da real utilização das informações prestadas pelo colaborador às autoridades policiais na investigação ou pelo julgador na sentença condenatória.<sup>55</sup> Em regra, não se trata, portanto, de uma obrigação de resultado,<sup>56</sup> mas da necessidade de cumprimento dos termos do acordo, com as obrigações ali delimitadas. Assim, “casos de inefetividade da colaboração, durante a instrução e após a homologação efetiva do acordo, que justificam a revisão ou a negativa dos benefícios, se limitam às hipóteses em que a falta de eficácia tem por origem a má-fé do colaborador”.<sup>57</sup>

## 7 Considerações finais

Diante do exposto neste artigo, retoma-se o problema que orientou o seu desenvolvimento: é possível, ao delator, formular pedido de absolvição por in-

---

articulações críticas em torno dos 20 anos da Constituição da República. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 248-249; PEREIRA, Frederico Valdez. *Delação premiada*. Legitimidade e procedimento. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2016. p. 146

54 QUEIJO, Maria Elizabeth. *O direito de não produzir prova contra si mesmo*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 318.

55 PEREIRA, Frederico Valdez. *Delação premiada*. Legitimidade e procedimento. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2016. p. 146.

56 ROSA, Alexandre Moraes da. *Para entender a delação premiada pela teoria dos jogos: táticas e estratégias do negócio jurídico*. Florianópolis: EModara, 2018. p. 257-262; ARAS, Vladimir. Rescisão da decisão de homologação de acordo de colaboração premiada. In: GOMES; SILVA; MANDARINO (orgs.). *Colaboração premiada*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2018. p. 558; PEREIRA, Frederico Valdez. Eficácia da colaboração premiada e controle judicial. In: GEBRAN NETO, João Pedro (coord.). *Colaboração premiada*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2020. p. 142.

Em sentido contrário, afirmando que se trata de obrigação de resultado: MENDONÇA, Andrey B. A colaboração premiada e a nova Lei do Crime Organizado (Lei 12.850/13). *Revista Custos Legis*, v. 4, 2013. p. 9-10. Contudo, posteriormente, em coautoria com Dias, Mendonça afirma que “há situações em que mesmo que o resultado legal não tenha sido efetivamente alcançado, será possível a concessão dos benefícios ao colaborador, desde que o réu tenha colaborado de forma efetiva na busca desses resultados” (MENDONÇA, Andrey B.; DIAS, Fernando L. A renúncia ao direito recursal em acordo de colaboração premiada. In: SIDI, Ricardo; LOPES, Anderson B. (Org.). *Temas atuais da investigação preliminar no processo penal*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017. p. 117).

57 BOTTINI, Pierpaolo C. A homologação e a sentença na colaboração premiada na ótica do STF. In: MOURA, Maria Thereza A.; BOTTINI, Pierpaolo C. (Coord.). *Colaboração premiada*. São Paulo: RT, 2017. p. 197.

suficiência probatória, em alegações finais, apesar do cumprimento de acordo de colaboração premiada com o Ministério Público?

Conclui-se que se deve admitir que o delator formule pedido de absolvição por insuficiência probatória, em alegações finais, apesar do cumprimento de acordo de colaboração premiada com o Ministério Público, pois: *i*) a confissão e os elementos de corroboração apresentados não preenchem, automaticamente, o *standard* probatório para uma condenação penal; *ii*) ainda que o colaborador tenha cumprido suas obrigações definidas no acordo (e, assim, tenha direito aos benefícios nele previstos), o proferimento de uma sentença condenatória depende de diversos outros fatores, que não podem ser imputados ao delator; *iii*) mesmo em um cenário de justiça criminal negocial, impõe-se ao Judiciário o dever de analisar a acusação a partir das provas produzidas no processo e sua suficiência para romper a presunção de inocência; e, *iv*) é dever do Ministério Público, e não do colaborador, desincumbir-se do ônus probatório no processo penal.

Portanto, ao final da instrução, ainda que tenha cumprido as obrigações previstas no acordo, é possível que, por outros motivos, não existam elementos suficientes para a condenação, de modo que o colaborador pode requerer, em alegações finais, a absolvição. Nesse cenário, a efetividade da colaboração é medida pelo cumprimento aos termos do acordo e eventual manifestação pela absolvição não pode ser motivo para a sua rescisão. Assim, ainda que proferida condenação, ao colaborador devem ser assegurados os benefícios previstos no acordo. Além disso, em caso de condenação parcial, pode ocorrer alteração fática a determinar a repactuação das sanções e benefícios previstos no acordo.

### Referências bibliográficas

- ALKON, Cynthia. "Plea Bargain Negotiations: Defining Competence beyond Lafler and Frye." *American Criminal Law Review*, vol. 53, no. 2, Spring 2016, pp. 377-408.
- ARAS, Vladimir. Rescisão da decisão de homologação de acordo de colaboração premiada. In: GOMES; SILVA; MANDARINO (orgs.). *Colaboração premiada*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2018.
- ARMENTA DEU, Teresa. *Sistemas Procesales Penales: La justicia penal en Europa y América - un camino de ida y vuelta?* Madrid: Marcial Pons, 2012.
- BITTAR, Walter B. *Delação premiada*. 3ª ed. São Paulo: Tirant, 2020.
- BOTTINI, Pierpaolo C. A homologação e a sentença na colaboração premiada na ótica do STF. In: MOURA, Maria Thereza A.; BOTTINI, Pierpaolo C. (Coord.). *Colaboração premiada*. São Paulo: RT, 2017.
- CALLEGARI, André Luís; LINHARES, Raul Marques. *Colaboração premiada: lições práticas e teóricas: de acordo com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Marcial Pons, 2021.
- CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. O advogado. *Revista Eletrônica de Direito Processual - REDP*, Vol. 13, 2014.
- CARVALHO, Luis Gustavo. *Processo Penal e Constituição*. 6ed. São Paulo: Saraiva, 2014.
- CARNELUTTI, Francesco. *As misérias do processo penal*. 3ª ed. Tradução: Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: Russell Editores, 2009.

- CARVALHO, Salo. Colaboração premiada e aplicação da pena: garantias e incertezas dos acordos realizados na Operação Lava Jato. In: BEDÊ JR., Américo; CAMPOS, Gabriel S. Q. (Coord.). *Sentença criminal e aplicação da pena*. Salvador: JusPodivm, 2017.
- CARVALHO, Salo; LIMA, Camile Eltz de. Delação premiada e confissão: filtros constitucionais e adequação sistemática. In: PINHO, Ana C. Bastos de; GOMES, Marcus A. de Melo (Coord.). *Ciências criminais: articulações críticas em torno dos 20 anos da Constituição da República*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.
- COURA, Alexandre C.; BEDÊ JR., Américo. Atuação do juiz no acordo de colaboração premiada e a garantia dos direitos fundamentais do acusado no processo penal brasileiro. *Revista dos Tribunais*, ano 105, v. 969, jul. 2016.
- ESTELLITA, Heloisa. A delação premiada para identificação dos demais coautores ou partícipes: algumas reflexões à luz do devido processo legal. *Boletim IBCCrim*, v. 17, n. 202, set. 2009.
- FERNANDES, Antonio S. *Processo penal constitucional*. 7ed. São Paulo: RT, 2012.
- FONSECA, Cibele B. G. *Colaboração premiada*. Belo Horizonte: Del Rey, 2017.
- GIACOMOLLI, Nereu José. *O devido processo penal: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica*. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2016.
- GLOECKNER, Ricardo Jacobsen; SCAPINI, Marco Antonio de Abreu. Prerrogativa de resistência: a advocacia que não teme a sua missão. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, vol. 159, p. 69 – 108, 2019.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. *O processo: III série: estudos e pareceres de processo penal*. 1ª ed. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2013.
- KRONEMBERGER, Thais Soares; LOPES, Barbara Goulart M.; BEZERRA, Joana Carlos. Wilson Mirza e a democracia destituída. In: SÁ, MUNTEAL, MARTINS (org.). *Os advogados e a ditadura de 1964: a defesa dos perseguidos políticos no Brasil*. Rio de Janeiro: PUC-Rio/Vozes, 2010.
- LAUAND, Mariana de Souza Lima. *O valor probatório da colaboração processual*. 2008. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo.
- LEWANDOWSKI, Ricardo. Limites da colaboração premiada em face dos princípios da reserva legal e de jurisdição. *Revista dos Tribunais*, vol. 1000, p. 385 – 393, 2019.
- LOPES JR., Aury; GLOECKNER, Ricardo. *Investigação preliminar no processo penal*. 6ed. São Paulo: Saraiva, 2014.
- MALAN, Diogo Rudge. Defesa penal efetiva. *Doutrinas Essenciais Processo Penal*, vol. 1, p. 67 – 94, 2012.
- MALAN, Diogo R. *Advocacia criminal contemporânea*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2022.
- MELCHIOR, Antonio P. *Juristas em resistência*. São Paulo: Contracorrente, 2023.
- MENDONÇA, Andrey Borges de. A colaboração premiada e a nova Lei do Crime Organizado (Lei 12.850/13). *Revista Custos Legis*, v. 4, 2013.
- MENDONÇA, Andrey B.; DIAS, Fernando L. A renúncia ao direito recursal em acordo de colaboração premiada. In: SIDI, Ricardo; LOPES, Anderson B. (Org.). *Temas atuais da investigação preliminar no processo penal*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017.
- MIRZA MADURO, André. *Acesso aos autos na colaboração premiada*. 1ª ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2020.
- MOURA, Maria Thereza; BASTOS, Cleonice. Defesa penal: Direito ou garantia? *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 110, 1993.
- PACELLI, Eugênio. *Curso de processo penal*. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2016.
- PEREIRA, Frederico Valdez. *Delação premiada: legitimidade e procedimento*. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2016.
- PEREIRA, Frederico Valdez. Eficácia da colaboração premiada e controle judicial. In: GEBRAN NETO, João Pedro (coord.). *Colaboração premiada*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2020.
- PEREIRA, Frederico Valdez. Justiça negocial, colaboração premiada e boa-fé objetiva. In: SALGADO, Daniel de Resende; KIRCHER, Luis Felipe Schneider; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de (coord.). *Justiça Consensual: Acordos Penais, Cíveis e Administrativos*. Salvador: JusPodivm, 2022.
- PRADO, Geraldo. *Estudos jurídicos*. São Paulo: Contracorrente, 2018.
- QUEIJO, Maria Elizabeth. *O direito de não produzir prova contra si mesmo*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

- REIS, Dimas A. G. F. *A rescisão do acordo de colaboração premiada a partir do sistema de garantias constitucionais*. Belo Horizonte: Fórum, 2022.
- RODRIGUES, Fabiana Alves. *Lava jato: aprendizado institucional e ação estratégica na Justiça*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2020.
- ROSA, Alexandre Morais da. *A aplicação da pena na justiça negocial: a questão da vinculação do juiz aos termos da delação*. In: BEDÊ JR., Américo; CAMPOS, Gabriel S. Q. (Coord.). *Sentença criminal e aplicação da pena*. Salvador: JusPodivm, 2017.
- ROSA, Alexandre Morais da. *Para entender a delação premiada pela teoria dos jogos: táticas e estratégias do negócio jurídico*. Florianópolis: EModara, 2018.
- VASCONCELLOS, Vinicius G. *Lide na justiça criminal? Sobre a importância do conflito de interesses entre as partes processuais e sua irrelevância para a necessidade do Processo Penal*. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 119, p. 165-199, 2016.
- VASCONCELLOS, Vinicius G. *Direito à defesa técnica no processo penal e novas tendências da justiça criminal*. In: MADEIRA, BADARÓ, SCHIETTI CRUZ (org.). *Código de Processo Penal: Estudos comemorativos aos 80 anos de vigência*. São Paulo: RT, 2021.
- VASCONCELLOS, Vinicius G. *Colaboração premiada no processo penal*. 4ª ed. São Paulo: RT, 2021.
- VASCONCELLOS, Vinicius G. *Standard probatório para condenação e dúvida razoável no processo penal: Análise das possíveis contribuições ao ordenamento brasileiro*. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 16, n. 02, maio-ago. 2020.
- ZANETI JR., Hermes. *O Ministério Público e as Normas Fundamentais do Direito Processual Civil Brasileiro*. *Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro*, n.º 68, 2018.

# REVISITANDO A QUESTÃO DO DOLO E DA IMPRUDÊNCIA NA RESPONSABILIDADE PENAL DA PESSOA JURÍDICA

*RETHINKING INTENT AND NEGLIGENCE IN CORPORATE CRIMINAL LIABILITY*

*PAULO CÉSAR BUSATO*<sup>1</sup>

*MARIANA CESTO*<sup>2</sup>

**RESUMO:** O trabalho propõe-se a revisitar e apresentar novas perspectivas sobre tema enfrentado em 2001, em um artigo, sobre a vontade da pessoa jurídica. Partindo do marco teórico da teoria significativa da ação, como proposta por Vives Antón, este estudo, primeiramente, identifica a capacidade de ação das pessoas jurídicas e, a seguir, trata da superação de modelos baseados no dolo como um elemento psicológico. O dolo passa a ser identificado como um compromisso com o resultado, compreendido por meio daquilo que é externalizado; assim como a imprudência, identificada como a ausência desse compromisso, e daquele com os deveres de evitação do resultado. Conclui-se que sua atribuição de dolo e imprudência é possível, da mesma maneira, a uma pessoa jurídica e a uma pessoa natural, pois é feita por meio de uma compreensão que parte dos usos e costumes que permitem interpretar aquilo que é exteriorizado.

**PALAVRAS-CHAVE:** responsabilidade penal da pessoa jurídica – ação significativa – dolo – imprudência

**ABSTRACT:** This work revisits and brings new perspectives about an issue discussed in 2001, in an article, about intention in corporations' liability. Using the meaningful action, proposed by Vives Antón, as a theoretical basis, this work, firstly, identifies corporations' ability to act and, then, shows that models based on a psychological concept of intention are surpassed. Intent is identified as a commitment to the result and is comprehended by the observation of what is externalized; as well as negligence, that is identified by the lack of this very commitment, and, also, the lack of commitment with the due diligence that could avoid the result. The conclusion is that it is possible to attribute intent or negligence to a corporation, as it is to a natural person, once this process happens by a comprehension based on usages and practices that allow interpreting what is exteriorized.

<sup>1</sup> Doutor em Problemas Atuais do Direito Penal pela Universidade Pablo de Olavide, Espanha. Professor associado da Universidade Federal do Paraná (UFPR). Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-7294-0793>

<sup>2</sup> Mestre em Direito pela Universidade Federal do Paraná (UFPR). Servidora pública federal. Orcid: <https://orcid.org/0000-0001-6572-3590>

**KEYWORDS:** corporate criminal liability – meaningful action – intent – negligence

**SUMÁRIO:** 1 Introdução; 2 Antes e depois: contextualização do panorama da responsabilidade penal da pessoa jurídica; 3 Responsabilidade penal da pessoa jurídica: marco teórico e capacidade de ação; 4 Intencionalidade e pessoa jurídica: o dolo e a imprudência; 5 Conclusão; Referências bibliográficas.

## 1 Introdução

Em 2001, publicou-se o artigo “Vontade penal da pessoa jurídica: um problema prático de imputação de responsabilidade criminal”<sup>3</sup>.

Naquela oportunidade, constatou-se que a pessoa jurídica pode ter uma vontade identificada como própria. Verificou-se que há situações em que a decisão tomada por uma pessoa jurídica pode não corresponder à de qualquer daquelas pessoas naturais que a compõem, e, portanto, poderia ser autora de um crime sem que qualquer pessoa física precisasse ser responsabilizada “com ela” ou “por ela”.

Também se verificou que as teorias do delito supervenientes ao finalismo, como aquelas desenvolvidas por Roxin e por Vives Antón, ofereciam elementos importantes para solucionar problemas relativos à responsabilidade penal da pessoa jurídica.

Aquele artigo foi concluído com uma provocação para o futuro: “a eventual solução queda em aberto podendo levar desde à elaboração de um novo conceito para a expressão vontade como componente da ação, até à conclusão que, afinal, o Direito penal não é capaz de estabelecer responsabilidade para quem realmente determinou a realização deste fato”<sup>4</sup>.

Passados mais de vinte anos daquela publicação, percebe-se que o tema tem cada vez mais relevância, razão pela qual é preciso revisitá-lo e apresentar novas ferramentas teóricas para abordá-lo.

Assim, utilizando pesquisa bibliográfica, este artigo pretende ser um diálogo entre o estado da arte quando da publicação do artigo original e o desenvolvimento dos estudos sobre o tema nas duas últimas décadas.

Este trabalho parte, portanto, do problema que havia ficado em aberto: como pode ser atribuída intenção à pessoa jurídica para responsabilizá-la penalmente?

Para responder essa pergunta, o trabalho percorrerá o seguinte caminho.

3 BUSATO, Paulo César. Vontade penal da pessoa jurídica: um problema prático de imputação de responsabilidade criminal. *Novos Estudos Jurídicos*, Itajaí, ano VI, n. 12, p. 165-180, abr. 2001.

4 *Ibid.*, p. 177.

Primeiro, será analisado o contexto atual da responsabilidade penal da pessoa jurídica em comparação com aquele trazido no artigo original.

A seguir, será apresentado o marco teórico da ação significativa, demonstrando-se a capacidade de ação da pessoa jurídica.

Então, será analisada a atribuição de intencionalidade à pessoa jurídica, a fim de responder o questionamento com que havia sido concluído o artigo ora revisitado.

## 2 Antes e depois: contextualização do panorama da responsabilidade penal da pessoa jurídica

No trabalho anteriormente publicado, introduziu-se a discussão sobre a responsabilidade da pessoa jurídica, como um tema em ebulição. Aquela ebulição mostrou-se cada vez mais candente. Por um lado, trouxe problemas ainda mais intrincados que o da responsabilidade penal da pessoa jurídica, como a atual preocupação com a inteligência artificial<sup>5</sup>. Por outro lado, deu lugar a algumas reflexões que demonstraram que a criminalidade<sup>6</sup> e a responsabilidade penal da pessoa jurídica não são assuntos assim tão modernos quanto pareciam naquele momento.

De fato, não houve uma adoção repentina da responsabilidade penal da pessoa jurídica no direito continental nos últimos anos, mas a retomada de algo que havia sido suprimido por um breve período histórico e apenas no plano do *civil law*<sup>7</sup>. É com a revolução burguesa que a responsabilidade penal das pessoas jurídicas desaparece na Europa continental.

É preciso dizer que, no momento da revolução francesa, o processo histórico de revolução industrial, o modelo fabril, os mecanismos de produção e seu replicar no modo de estruturação social já estava deflagrado e, com ele, a fórmula geral de dominação<sup>8</sup> que foi instrumentalizada pelo Direito. Aqui, a falácia humanista funcionou perfeitamente. Uma vez que o homem, e somente ele, seria o cen-

5 Alerta-se, desde já, que as conclusões relativas à responsabilidade penal da pessoa jurídica não são extensíveis à inteligência artificial. Para esta última, não se constata capacidade de ação. Sobre o tema: Id. De máquinas y seres vivos: ¿Quién actúa en los resultados delictivos derivados de decisiones cibernéticas? In: DEMÉTRIO CRESPO, Eduardo. **Derecho penal y comportamiento humano**: Avances desde la neurociencia y la inteligencia artificial. Valencia: Tirant lo Blanch, 2022, p. 349-376.

6 São alguns exemplos históricos da criminalidade histórica das pessoas jurídicas, o seu envolvimento com o tráfico de escravos no século XVII, a submissão de trabalhadores a condições penosas na extração de carvão e na indústria têxtil no século XIX, bem como o financiamento de pesquisas em eugenia e a exigência de trabalhos forçados durante a Segunda Guerra Mundial no século XX. CESTO, Mariana. **Corresponsabilidade penal na atividade empresarial**: coautoria e participação de pessoas físicas nos crimes cometidos por pessoas jurídicas. 2022. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2022, p. 32-54.

7 A análise detalhada dos períodos históricos encontra-se em BUSATO, Paulo César. **Tres tesis sobre la responsabilidad penal de personas jurídicas**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2019, p. 20-54.

8 FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**. 30. ed. São Paulo: Vozes, 1987.

tro da organização jurídica, somente contra ele poderiam se voltar os mecanismos de controle social. E, enquanto neste momento, construiu-se a ideia de oposição do homem às entidades etéreas que ele mesmo havia criado, como a monarquia e o Estado, na penumbra, organizou-se um arsenal de direitos e garantias em favor das corporações, reconhecendo-lhes o direito de nunca submeter-se ao controle social do sistema punitivo. Logo, a responsabilidade penal da pessoa jurídica não é uma novidade, mas apenas a retomada de uma tradição histórica, interrompida momentaneamente. Conquanto não seja algo novo, tem *locus privilegiado* pelo advento do Direito penal econômico<sup>9</sup>.

Esse foco que normalmente é dado às discussões – conquanto legítimo e metodologicamente adequado em alguns trabalhos que se propõem a realmente fazer este recorte – traça uma linha temporal e material ilusória, não só com relação à responsabilização das pessoas jurídicas, mas também com relação à sua própria delinquência. Ao parecer uma discussão moderna sobre algo inovador, traz consigo a renitência dos mais puristas<sup>10</sup>. Esse tom frequente faz, então, parecer que pessoas jurídicas começaram a delinquir há pouco tempo, que seus crimes são, em regra, relacionados a aspectos econômicos e que, por isso, só agora passou a se ver uma necessidade de atuação do Direito penal<sup>11</sup>. Todavia, a criminalidade das corporações está ligada a bens jurídicos centrais e indiscutivelmente valiosos,

9 Por exemplo, Schmidt marca o início de sua análise do Direito penal econômico em situações do século XIX, como o *Sherman Act* e na diferente forma de relacionamento entre Estado e economia do início do século XX. SCHMIDT, Andrei Zenkner. **Direito penal econômico**. Parte geral. 2. ed. rev. e amp. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2018, p. 19. Guaragni, ao trabalhar questões de desvios cognitivos e volitivos em empresas com programa de *compliance* limita sua análise na prevenção de delitos econômicos e parte de estudos da modernidade reflexiva de Beck em sua introdução. GUARAGNI, Fábio André. *Criminal compliance* e prevenção de delitos econômicos: o problema dos desvios cognitivos e volitivos na origem da prática criminosa. In: COUTINHO, Aldacy Rachid; BUSATO, Paulo César (org.). **Aspectos jurídicos do compliance**. Florianópolis: Empório do Direito, p. 210-243. Novamente Guaragni marca como ponto de inflexão da responsabilidade penal das pessoas jurídicas, a emergência da proteção de direitos supraindividuais no início do século XXI, em Id. Responsabilidade penal do ente coletivo: pilstras político-criminais derivadas das noções de sociedade de risco e alteridade. In: CHOUKR, Fauzi Hassan; LOUREIRO, Maria Fernanda; VERVAELE, John (org.). **Aspectos contemporâneos da responsabilidade penal da pessoa jurídica**. v. II. São Paulo: Fecomércio, 2014, p. 33-49. Em obra específica sobre a responsabilidade penal das pessoas jurídicas no direito americano, Brickey vincula expressamente a responsabilidade penal ao *Sherman Act* e aos crimes corporativos e de colarinho branco. BRICKEY, Kathleen F. **Corporate and white collar crime: cases and materials**. 4. ed. New York: Aspen, 2006, p. 1.

10 V, p. ex., SANTOS, Juarez Cirino dos. Responsabilidade penal da pessoa jurídica. In: PRADO, Luiz Régis; DOTTI, René Ariel (coord.). **Responsabilidade penal da pessoa jurídica: em defesa do princípio da imputação penal subjetiva**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 265-282 e DOTTI, René Ariel. A incapacidade criminal da pessoa jurídica (uma perspectiva do direito brasileiro). In: PRADO, Luiz Régis; DOTTI, René Ariel (coord.). Op. cit., p. 157-194. Mais recentemente, Bitencourt manifestou-se expressamente sobre o assunto, frente às alterações legislativas dos crimes em licitações. Nesta lei, há dispositivo que indica claramente que o crime pode ser cometido por aquele que foi considerado inidôneo, conforme a lei de licitações (§ 2º, do artigo 337-M do Código Penal). Uma vez que aquele considerado inidôneo pode ser uma pessoa jurídica, não há conclusão outra que de que a previsão se refere a crime que pode ser cometido por pessoa jurídica. Não obstante, Bitencourt afirma que esta responsabilidade não é possível, uma vez que é dogmaticamente impossível reconhecer a capacidade de ação e a culpabilidade das pessoas jurídicas. Acrescenta, ainda, que os fins da pena não são alcançam. Sua análise dá-se, especialmente, com suporte em clássicos doutrinadores alemães, especialmente os de matriz finalista. BITENCOURT, Cezar Roberto. **Direito penal das licitações**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2021, p. 89-104.

11 BUSATO, Paulo César. **Tres tesis sobre la responsabilidad penal de personas jurídicas**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2019, p. 20.



como a vida e a liberdade e sua atuação nociva acontece há muito tempo e não se limita à delinquência econômica.

Por exemplo, Nolan<sup>12</sup> narra que, em dezembro de 1984, na Índia, um enorme vazamento de gases tóxicos de um tanque numa planta química resultou na morte de três mil pessoas imediatamente, e feriu e matou outros milhares posteriormente. No Brasil, mais recentemente, outras centenas de pessoas morreram quando as águas de barragens rompidas carregaram corpos e seus bens em Brumadinho<sup>13</sup>. Além disso, também no Brasil, houve esquemas gigantescos de pagamento de vantagens a agentes públicos por corporações<sup>14</sup>. São inúmeros exemplos que envolvem a violação de bens jurídicos de toda espécie, mas, sem dúvida, também aqueles mais caros ao desenvolvimento social dos indivíduos.

A constatação de que as corporações delinquem há bastante tempo e que, até hoje, violam bens jurídicos indubitavelmente relevantes é importante para responder uma das perguntas propostas no artigo anterior: a responsabilidade penal da pessoa jurídica não representa uma expansão do direito penal<sup>15</sup>.

O próprio conceito de expansão, como desenvolvido por Silva Sánchez<sup>16</sup>, parte de premissas questionáveis, uma vez que ignora que as relações humanas estão em constante evolução e que existem condutas, hoje, que seriam impossíveis antigamente, e que elas podem ser tanto lícitas, como ilícitas. Não há dados que

- 12 NOLAN, Justine. Refining the rules of the game: the corporate responsibility to respect human rights. *Utrecht Journal of International and European Law*, v. 30, n. 78, p. 7-23, fev. 2014, p. 10. Da mesma forma, Beck também menciona desastres como o de Chernobil, em que uma “nuvem atômica” aterrorizou toda a Europa e obrigou as pessoas a mudarem de forma sensível suas rotinas de vida, inclusive privada. BECK, Ulrich. *La sociedad del riesgo global*. Trad. Jesús Alborés Rey. Madrid: Siglo XXI de España, 2002, p. 36.
- 13 BUSATO, Paulo César. O Leviatã de Brumadinho. *Boletim Ibccrim*, ano 27, n. 316, p. 7-8, mar. 2019.
- 14 GASPAR, Malu. *A organização*. A Odebrecht e o esquema de corrupção que chocou o mundo. São Paulo: Companhia das Letras, 2020.
- 15 A ideia de expansão é desenvolvida inicialmente por Silva Sánchez que, observando fenômenos como o surgimento de novos riscos, a sensação de insegurança, o descrédito de outras instâncias de proteção jurídica, a globalização da delinquência, dentre outros, identifica a maior utilização do Direito penal simbólico para a pretensa solução de problemas, bem como sua administrativização. Ao constatar que é impossível frear parte desta expansão, propõe, então, um sistema penal que se biparte: parte dele, aquela em que as consequências jurídicas seriam menos graves, exigiria, também, menos garantias e uma flexibilização da rigidez dos princípios tradicionalmente vigentes de Direito penal, ou seja, teria uma menor intensidade; outra parte, a das consequências mais graves, guardaria proporcionais garantias. SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *La expansión del Derecho penal: aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*. 2. ed. Madrid: Civitas, 2001. Já Martínez-Buján Pérez analisa a expansão do Direito penal de outra perspectiva, identificando que esta se dá de diferentes formas e em diferentes direções e, nem toda a expansão seria necessariamente negativa, pois poderia estar voltada à real necessidade de atuação do Direito penal e não apenas a seu uso simbólico (MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. Algunas reflexiones sobre la moderna teoría del “big crunch” en la selección de bienes jurídicos-penales (especial referencia al ámbito económico). *Anuario da Faculdade de Direito da Universidade da Coruña*, n. 7, p. 953-985, 2003). Além disso, destaca que mesmo nos delitos socioeconômicos, há situações de gravidade relevante, que justificam sua inserção no âmbito de atuação do Direito penal (Id. La expansión, la reducción y la legitimidad del Derecho penal económico. In: PÉREZ ÁLVAREZ, Fernando (ed.); GARCÍA ALFARAZ, Isabel (coord.); DÍAZ CORTES, Lina Mariola (coord.). *Serta*: in memoriam Louk Hulsman. Salamanca: Universidad de Salamanca, 2016. p. 465-483).
- 16 SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *La expansión del Derecho penal: aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*. 2. ed. Madrid: Civitas, 2001.

demonstrem que a criminalização de condutas cresceu em desproporção às novas relações sociais.

A verdadeira expansão do Direito penal não está simplesmente na regulação jurídica de novos fenômenos, mas, sim, em reduzir possibilidades de defesa, em abusar dos elementos normativos do tipo, das leis penais em branco, dos crimes de perigo abstrato, dos crimes imprudentes, dos crimes de acumulação. Tais situações é que estão relacionadas a um processo de expansão e, estas, não se relacionam diretamente com a pessoa jurídica.

Outrossim, quando se verifica a categoria das violações gravíssimas perpetradas pelas pessoas jurídicas, percebe-se que a atuação do Direito penal em casos dessa natureza não é uma expansão indevida, mas, sim, um recorte mais adequado ao seu âmbito de atuação.

Nota-se, portanto, que, ao reconhecer que as atividades empresariais violam bens jurídicos essenciais, mantêm-se dentro de um limite de atuação do Direito penal que é considerado necessário<sup>17</sup>. Isso porque a atuação ilícita das pessoas jurídicas não é limitada a delitos no âmbito econômico, mas tem a capacidade de violar de forma grave os bens jurídicos que indiscutivelmente estão no centro clássico de atenção do Direito penal, como a vida e a liberdade. Insistir em olhar apenas para os delitos econômicos é ignorar a real capacidade de atuação das pessoas jurídicas.

Frisa-se que não se olvida da necessidade de intervenção mínima do Direito penal<sup>18</sup>. A intervenção, que é mínima, deve ser voltada ao ponto mais delimitado possível, mas a um ponto correto. Aqui está a se tratar exatamente disso: se as violações graves a bens jurídicos essenciais à vida em sociedade devem ser o ponto central de atuação do Direito penal mínimo, então, com mais razão, quando essas violações se mostrarem ainda mais intensas e pungentes é que se justificará a intervenção do ramo mais gravoso do Direito. E, como mencionado, as pessoas jurídicas cometem crimes tão ou mais graves que as pessoas físicas.

Não bastassem essas constatações criminológicas e de política-crime, existe outra eminentemente prática e que se sobrepõe, na realidade, às anteriores: a previsão legal. Se antes havia afirmado que “já bate à nossa porta, pela via da previsão legislativa”<sup>19</sup> a responsabilização penal das pessoas jurídicas, pode-se di-

17 MUÑOZ CONDE, Francisco. **Derecho penal y control social**. 2. ed. Santa Fé de Bogotá: Temis, 1999, p. 43; Id. **Introducción al Derecho penal**. Barcelona: Bosch, 1975, p. 59.

18 Id. **Derecho penal y control social**. 2. ed. Santa Fé de Bogotá: Temis, 1999, p. 43; Id. **Introducción al Derecho penal**. Barcelona: Bosch, 1975, p. 59.

19 BUSATO, Paulo César. Vontade penal da pessoa jurídica: um problema prático de imputação de responsabilidade criminal. **Novos Estudos Jurídicos**, Itajaí, ano VI, n. 12, p. 165-180, abr. 2001, p. 169.

zer que, hoje, a questão já adentrou à casa. Já não cabe mais debater-se contra ela, mas, sim, solucioná-la.

Para além da previsão constitucional que legitima essa responsabilização<sup>20</sup> e da previsão expressa da lei de crimes ambientais<sup>21</sup>, em alguns tipos penais as pessoas jurídicas correspondem idealmente à categoria dos sujeitos ativos. Toma-se como exemplo a apropriação indébita previdenciária (artigo 168-A do Código Penal<sup>22</sup>), a redução à condição análoga de escravo (artigo 149 do Código Penal<sup>23</sup>) ou os ainda mais expressos artigos 337-A e 337-M do Código Penal<sup>24</sup>. São notadamente empregadores que, em regra, são pessoas jurídicas, que poderiam deixar de recolher ou suprimir uma contribuição sobre folha de pagamento ou serviços, que poderiam exigir trabalhos forçados, que poderiam ser consideradas inidôneas à licitação. Além destes exemplos muito claros normalmente relacionados a obrigações próprias empresariais, outros crimes mais “clássicos” poderiam ser cometidos por pessoas jurídicas, sempre lembrando que a análise depende de cada tipo de ação específico<sup>25</sup>. Como visto nos exemplos citados acima, as pessoas jurídicas são pródigas em condutas que violam bens jurídicos importantíssimos, não precisando, para isso, puxar gatilhos.

Se o propósito é garantir o direito penal como instrumento de *ultima ratio*, não se pode voltar as costas à realidade e deixar que o rio simplesmente siga seu curso. Deve-se buscar soluções que preservem as garantias fundamentais do cidadão. No artigo original, havia-se questionado “o que fazer” para que esse propósito fosse garantido e, para isso, foram apresentadas perspectivas teóricas que poderiam, de alguma forma, oferecer caminhos para compreender uma melhor forma

20 BUSATO, Paulo César. A responsabilidade criminal de pessoas jurídicas na história do direito positivo brasileiro. **Revista de Informação Legislativa: RIL**, v. 55, n. 218, p. 85-98, abr./jun. 2018.

21 Especialmente, vez que, atualmente, há outros dispositivos que também mencionam expressamente a pessoa jurídica ou a ela fazem referência, a exemplo dos artigos 337-A, § 3º e 337-M, §§ 1º e 2º do Código penal.

22 Apropriação indébita previdenciária (Incluído pela Lei nº 9.983, de 2000) Art. 168-A. Deixar de repassar à previdência social as contribuições recolhidas dos contribuintes, no prazo e forma legal ou convencional: (Incluído pela Lei nº 9.983, de 2000) Pena - reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, e multa. (Incluído pela Lei nº 9.983, de 2000) (...)

23 Redução a condição análoga à de escravo Art. 149. Reduzir alguém a condição análoga à de escravo, quer submetendo-o a trabalhos forçados ou a jornada exaustiva, quer sujeitando-o a condições degradantes de trabalho, quer restringindo, por qualquer meio, sua locomoção em razão de dívida contraída com o empregador ou preposto: (Redação dada pela Lei nº 10.803, de 11.12.2003) Pena - reclusão, de dois a oito anos, e multa, além da pena correspondente à violência. (Redação dada pela Lei nº 10.803, de 11.12.2003) (...)

24 Sonegação de contribuição previdenciária Art. 337-A. Suprimir ou reduzir contribuição social previdenciária e qualquer acessório, mediante as seguintes condutas: (...) § 3º Se o empregador não é pessoa jurídica e sua folha de pagamento mensal não ultrapassa R\$ 1.510,00 (um mil, quinhentos e dez reais), o juiz poderá reduzir a pena de um terço até a metade ou aplicar apenas a de multa. (...); Contratação inidônea Art. 337-M. Admitir à licitação empresa ou profissional declarado inidôneo: (...) § 1º Celebrar contrato com empresa ou profissional declarado inidôneo: (...) § 2º Incide na mesma pena do caput deste artigo aquele que, declarado inidôneo, venha a participar de licitação e, na mesma pena do § 1º deste artigo, aquele que, declarado inidôneo, venha a contratar com a Administração Pública.

25 GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis. **Responsabilidad penal de las personas jurídicas y programas de cumplimiento**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2020, p. 328.

de análise do problema, rechaçando uma perspectiva funcionalista radical, nos termos propostos por Jakobs<sup>26</sup>, que justificaria a intervenção tão só pela desestabilização do sistema gerada pela desobediência à norma; e também de um recolhimento do Direito penal apenas ao seu núcleo fundamental, conforme preconizava Winfried Hassemer<sup>27</sup>, com a criação de um direito sancionador intermediário entre o penal e o administrativo que se ocuparia da intervenção nestes novos campos como a manipulação genética, o meio ambiente, etc., deixando o Direito penal em seu campo de atuação tradicional. Optou-se por uma perspectiva alinhada ao funcionalismo teleológico de Roxin<sup>28</sup>, com a manutenção do Direito penal garantista tradicional fazendo uma reinterpretação de suas categorias de modo a adequá-las à atual realidade, sem perda de garantias fundamentais, por duas razões, a saber:

Primeiramente, porque não parece lógico se possa impor uma pena simplesmente com a função de manter o sistema estável. Não se pode conceber um Estado social democrático de direito que prescindia das considerações relativas ao indivíduo como fim último da construção penal. A opção pela confirmação normativa não parece satisfatória. Não se nega que a aplicação da regra penal contra aquele que pratica delitos faz estabilizar a norma, ou implica o reconhecimento de sua validade, mas esse é um efeito secundário produzido pela aplicação da norma e não pode ser sua razão de existir. Uma proposta como essa converte a norma no verdadeiro eixo gravitacional do Direito penal<sup>29</sup>. Desloca-se o homem, destinatário da norma, para uma posição periférica no sistema de imputação. Ocorre que o centro do Direito penal deve ser justamente o indivíduo e não a norma.

26 Dentre outros escritos do autor, cf. JAKOBS, Günther. **Tratado de Direito penal**: teoria do injusto penal e culpabilidade. Trad. Gercélia Batista de Oliveira Mendes e Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p. 61-83. Sobre a crítica ao posicionamento de Jakobs, v. VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. **Fundamentos del sistema penal**: acción significativa y derechos constitucionales. 2. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011, p. 443-444.

27 HASSEMER, Winfried. Crisis y características del moderno Derecho penal. **Actualidad Penal**, n. 43, nov.1993, p. 646.

28 "El Estado de Derecho reclama la protección más efectiva posible del individuo y de la sociedad, algo que nuestro Tribunal Constitucional Federal ha caracterizado a través del concepto de 'funcionabilidad de la Justicia penal', así como la mayor protección posible de los derechos del autor, que no puede convertirse en objeto de investigaciones estatales desproporcionadas. Ambos fines del Estado de Derecho - protección de la sociedad y salvaguardia de la libertad son de naturaleza antagónica y tienen que encontrar un equilibrio que satisfaga ambos componentes: la prevención general, que en sus distintas formas de aparición sirve a la afirmación del Derecho y a su mantenimiento, tiene que estar siempre limitada por la exigencia de libertad ciudadana". ROXIN, Claus. **La evolución de la política criminal, el Derecho penal y el proceso penal**. Trad. Carmen Gómez Rivero y María del Carmen García Cantizano. Tirant lo Blanch: Valencia, 2000, p. 31-32.

29 "(...) os dois baluartes rígidos pelo pensamento penal liberal para limitar a atividade punitiva do Estado frente ao indivíduo: o princípio do delito como lesão de bens jurídicos e o princípio da culpabilidade, parecem sair definitivamente do prumo e são substituídos por elementos de uma teoria sistêmica, na qual o indivíduo deixa de ser o centro e o fim da sociedade e do direito, para converter-se em um 'sistema psicossíquico' (G. Jakobs, 1983, 385), ao que o direito valora na medida em que desempenhe um papel funcional em relação à totalidade do sistema social". BARATTA, Alessandro. Integración-prevención: una "nueva" fundamentación de la pena dentro de la teoría sistêmica. **Cuadernos de política criminal**, n. 24, p. 533-551, 1984.

Em segundo lugar, a criação de um “novo direito sancionador”, situado entre o Direito penal e o Direito administrativo, tal como propunha a Escola de Frankfurt, capitaneada por Hassemer, ou, na variante proposta por Silva Sánchez, um “Direito penal de duas velocidades”<sup>30</sup>, implica reconhecer para este “novo direito” um perfil diverso de controle social que não necessariamente preservaria, tal como faz o sistema penal, o respeito às garantias mínimas do cidadão. Corre-se o risco da criação de um instrumento tão devastador como o Direito penal, pela contundência dos seus mecanismos de intervenção, e tão intenso, rápido e pouco garantista quanto o Direito administrativo, que aliás, é explicitamente proposto por Silva Sánchez em sua última versão sobre a terceira velocidade do Direito penal<sup>31</sup>.

Outrossim, a terceira perspectiva, de um Direito penal que se ocupe das pessoas jurídicas, a partir do modelo funcionalista teleológico parece igualmente frustrada, na medida em que seus principais defensores se recusam a reconhecer a relevância da tarefa<sup>32</sup>.

Dessa maneira, podem-se extrair algumas conclusões que atualizam os problemas apresentados no trabalho original aqui revisitado: a) a RPPJ não é um tema moderno, mas apenas a retomada de uma racionalidade histórica de que as corporações, assim como as pessoas naturais, podem ser sujeitas ao controle social punitivo; b) os delitos cometidos pelas empresas não estão relacionados apenas a bens jurídicos etéreos, como o mercado financeiro, mas, também e especialmente, aos bens jurídicos que consideramos mais caros, como a vida e a liberdade; c) a adoção da RPPJ não representa uma expansão indevida, mas um recorte adequado para que a intervenção seja, de fato, mínima e voltada ao ponto correto de atuação do Direito penal, que não pode ser substituído, neste propósito, pelo Direito administrativo e d) as teorias clássicas do delito, assim como os modelos funcionalistas não são aptos a oferecer uma perspectiva de abordagem do problema que, a um só tempo, preservem as garantias conquistadas a duras penas pela construção do sistema penal e, ao mesmo tempo, tenham olhos abertos para os problemas penais do Século XXI.

Assim, no estreito espaço deste artigo pretende-se visitar, na medida do possível, as categorias penais, segundo um marco teórico atrelado à filosofia da

30 SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. **La expansión del Derecho penal**: aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales. 2. ed. Madrid: Civitas, 2001.

31 Id. **La expansión del derecho penal**: aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales. 3. ed. Montevideu: B de f, 2020, p. 183-188.

32 Nesse sentido, Greco, que é atualizador da obra de Roxin, o expoente do funcionalismo teleológico: GRECO, Luís. Por que é ilegítimo e quase de todo inconstitucional punir pessoas jurídicas. In: BUSATO, Paulo César (org.). **Responsabilidade penal das pessoas jurídicas**: seminário Brasil-Alemanha. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018, p. 69-76.

linguagem que, por um lado, apresente um bom rendimento para solucionar os problemas próprios relacionados à pessoa jurídica e, por outro, não descure dos pontos essenciais que foram destacados acima.

### **3 Responsabilidade penal da pessoa jurídica: marco teórico e capacidade de ação**

No trabalho anterior, já se havia identificado que a solução do problema relativo à responsabilidade penal da pessoa jurídica deveria ser resolvido com foco na sua capacidade de ação. Ponderou-se que era necessário constatar a existência de uma efetiva ação desenvolvida pela pessoa coletiva, sob pena de reconhecer que a proposta legislativa de punição da pessoa jurídica não passa de um Direito penal simbólico, de aplicabilidade nula, que tem por objetivo meramente apaziguar os ânimos a opinião pública.

Ressaltou-se, também, que não parece prescindível falar de ação e omissão, no plano de um Direito penal respeitoso do princípio de culpabilidade. Afinal, se o Direito penal se estrutura de modo a punir cada qual de acordo com o que fez ou deixou de fazer, o *act requirement* deve fazer parte da estruturação mais básica da teoria do delito. A falência do conceito ontológico de ação, gerou o reposicionamento do tipo como base de organização da teoria do delito, representando essa tendência uma fase que se pode chamar de normatização da teoria do delito. Os modelos predominantes de sistemas jurídico-penais passaram a iniciar sua organização a partir da categoria da tipicidade, tentando a superação da insegurança do conceito de ação, abrindo passagem, porém, a tendências de normatização extrema que, desprezando completamente os aspectos e as condicionantes ontológicas, podem chegar a compor sistemas fechados à crítica e, conseqüentemente, à sensibilização para com a evolução social, tal como o modelo funcionalista sistêmico<sup>33</sup>.

É correto afastar da base da estruturação do Direito penal a existência de um conceito ontológico e pré-jurídico de ação, na medida em que o Direito é, de fato, uma convenção em torno de valores visando a organização social. Outrossim, é imprescindível reconhecer que aquele que incorre em um tipo penal indubitavelmente atua.

Partindo da premissa de que a ação tem importância maior que aquela atribuída, ou até mesmo negada, pelas teorias normativas, mas que está longe de constituir algo no plano do ser, já se havia apontado que a concepção significativa

33 Sobre as críticas aos modelos funcionalistas, essencialmente normativos, v. VIVES ANIÓN, Tomás Salvador. **Fundamentos del sistema penal**: acción significativa y derechos constitucionales. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011.

da ação, desenvolvida por Vives Antón<sup>34</sup>, ofereceria uma base mais adequada para solucionar problema relativo à capacidade de ação da pessoa jurídica<sup>35</sup>.

Depois de muitos anos de aprofundamento quanto às bases e consequências da adoção dessa concepção, não há dúvidas que ela oferece caminhos bastante adequados para responsabilização da pessoa jurídica, sem se afastar dos princípios básicos indicados no tópico anterior.

Em primeiro lugar, ela supera a insistência em tentar demonstrar como tal responsabilidade não “caberia” dentro de algumas concepções da teoria do delito<sup>36</sup>. Essa impressão decorre do fato de que as teorias do delito se baseavam em estruturas objetivas que refletiam a natureza das coisas<sup>37</sup>. Em modelos pretensamente científicos e fechados, construídos de forma antropocêntrica realmente não haveria como explicar a responsabilidade penal das pessoas jurídicas e, logo, a conclusão acabava sendo que, por isso, ela não deveria existir. É como se se partisse de uma fórmula matemática e, de repente, se tivesse que solucionar um problema com uma variável que não estava ali, negando-se solução ao problema.

Toda vez que o raciocínio parte de bases puramente naturalísticas e que se buscam elementos psicológicos humanos nas pessoas jurídicas, a consequência inevitável é negar-lhes a aplicação de institutos penais que, na perspectiva da concepção significativa de ação, são identificáveis e aferíveis. González Cussac<sup>38</sup> afirma que, de fato, essa incapacidade de explicação da responsabilidade penal da pessoa jurídica decorre das teorias com forte base ontológica.

Na concepção significativa da ação, superam-se aqueles óbices frequentemente postos pela doutrina para responsabilização penal das pessoas jurídicas, como a suposta incapacidade de ação e de reconhecimento de vontade própria<sup>39</sup> ou de motivação pelas normas<sup>40</sup>.

34 Ibid.

35 A análise específica deste problema foi desenvolvida em: DAVID, Décio Franco; BUSATO, Paulo César. A empresa é capaz de ação? Uma proposta de discussão sobre a capacidade de rendimento da concepção significativa da ação no Direito penal empresarial. *Revista justiça e sistema criminal*, v. 9, n. 16, p. 205-232, jan./jun. 2017, p. 223.

36 Assim, por exemplo, GRACIA MARTÍN, Luís. La cuestión de la responsabilidad penal de las propias personas jurídicas. In: ROMEO CASABONA, Carlos María. *Dogmática penal, política criminal y criminología en evolución*. Peligros: Comares, 1996, p. 128-136.

37 BUSATO, Paulo César. Crítica à ciência jurídico-penal a partir da linguagem wittgensteiniana. *Revista de estudos criminais*, Porto Alegre, v. 19, n. 78, p. 103-129, 2020, p. 108.

38 GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis. Op. Cit., p. 87.

39 GRACIA MARTÍN, Luís. Op. Cit., p. 108/112.

40 LÓPEZ PEREGRÍN, Carmen. La discusión sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas y las consecuencias accesorias del art. 129 CP, once años después. In: MUÑOZ CONDE, Francisco (dir.). *Problemas actuales del Derecho penal y de la criminología*: estudios penales en memoria de la Profesora Dra. María del Mar Díaz Pita. Valencia: Tirant lo blanch, 2008, p. 568.

Soma-se a isso o fato de que, partindo dessa base teórica, é possível desenvolver um modelo de autorresponsabilidade das pessoas jurídicas<sup>41</sup>. Se todo crime consiste num desvalor de ação e de resultado, somente se pode atribuir responsabilidade penal a uma pessoa jurídica por um resultado e uma ação que ela mesma produziu. Além disso, é preciso reconhecer que a pessoa jurídica é capaz de ação e que lhe é possível atribuir dolo, independente de se perscrutar a vontade de sócios, dirigentes ou quem quer que seja<sup>42</sup>.

Assim, nesse modelo, afastam-se as violações ao princípio da culpabilidade, tratando-se da responsabilidade da pessoa jurídica apenas pelos atos que ela mesma praticou e pelos resultados que ela mesma causou.

O reconhecimento da capacidade de ação das pessoas jurídicas depende necessariamente do desapego de bases ontológicas<sup>43</sup>. Se se parte de uma ideia de causalidade física e de movimento corporal causado por um processo psicológico, evidentemente não se consegue explicar como uma pessoa jurídica seria capaz de ação. Na verdade, com esse apego, mesmo situações que envolvem pessoas naturais já ficam sem explicação ou exigem explicações engenhosas, como é, classicamente, o caso da omissão<sup>44</sup> ou da imprudência<sup>45</sup>.

Na concepção significativa, é possível compreender a ação prescindindo dessa base ontológica.

Segundo Vives Antón<sup>46</sup>, a ação é reconhecida no significado que socialmente se atribui a ela, ou seja, a atribuição de sentido que é dependente das práticas sociais. Nessa concepção, abandona-se a ideia de que as ações são “causadas” por

41 A pessoa jurídica pode ser responsabilizada de duas formas: heterorresponsabilidade, em que se parte de um delito de uma pessoa física e, a depender de alguns requisitos, atribui-se responsabilidade à pessoa jurídica por aquele fato ou, autorresponsabilidade, em que ela é responsabilizada por um fato dela mesma, sem a necessidade de recorrer a qualquer conduta alheia. GALÁN MUNOZ, Alfonso. La responsabilidad penal de la persona jurídica tras la reforma de la LO 5/2010: entre la hetero y la autorresponsabilidad. **REJ Revista de estudios de la justicia**, n. 15, p. 180. Os diversos modelos de heterorresponsabilidade (Para um apanhado sobre tais modelos, v. PRAZERES, Ângela dos; BUSATO, Paulo César. Heterorresponsabilidade e autorresponsabilidade penal de pessoas jurídicas. Especial referência ao fato de conexão. In: BUSATO, Paulo César (org.). **Responsabilidade penal de pessoas jurídicas**: anais do III seminário Brasil-Alemanha. Vol. II. São Paulo: Empório do Direito; Tirant lo Blanch, 2020. p. 9-34.) têm em comum a violação ao princípio da culpabilidade, ao atribuírem à pessoa jurídica responsabilidade penal por ato praticado por outrem. Se se reconhece que o feito foi realizado por uma pessoa física, a responsabilidade não pode ser transferida, estendida, identificada com a pessoa jurídica.

42 BUSATO, Paulo César. **Tres tesis sobre la responsabilidad penal de personas jurídicas**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2019. p. 89-103.

43 GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis. Op. cit., p. 325.

44 CARBONELL MATEU, Juan Carlos. Aproximación a la dogmática de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. In: CARBONELL MATEU, Juan Carlos; GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis; ORTOS BERENGUER, Enrique (dir.). **Constitución, derechos fundamentales y sistema penal**: semblanzas y estudios con motivo del setenta aniversario del profesor Tomás Salvador Vives Antón. Tomo I. Valencia: Tirant lo Blanch, 2009. p. 315/317.

45 VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. **Fundamentos del sistema penal**: acción significativa y derechos constitucionales. 2. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011, p. 237-238.

46 Ibid., p. 230-261.



intenções que gerariam movimentos corporais. A intenção não é mais entendida como este momento prévio, que acontece num mundo à parte, psicológico, que, afinal, é inalcançável. A intenção, quando existe, está inscrita na ação, na conduta interpretada<sup>47</sup>. As ações são concebidas, portanto,

... como interpretações que, segundo nos distintos tipos de regras sociais, podem ser dadas ao comportamento humano. Definirei, pois, ação, não como um substrato condutual capaz de receber um sentido, mas como um sentido que, de acordo com um sistema de normas, pode ser atribuído a certos comportamentos humanos.<sup>48</sup>

A ação não é, portanto, o substrato, mas seu sentido. Isso tem algumas consequências importantes: primeiro, não é mais necessário buscar um movimento físico ou corporal para que se possa compreender a ação, pois ela está no significado, que pode ser tanto o de fazer algo como o de deixar de fazer algo, conforme as regras sociais<sup>49</sup>; segundo, que, como os significados são distintos em cada tipo de ação, não existe um conceito único de ação que abarque todos esses múltiplos significados<sup>50</sup>.

Essas consequências refletem diretamente na forma de interpretação da responsabilidade penal das pessoas jurídicas.

Quando se compreende que a ação não é aquele movimento corporal causado por uma intenção que reside num inalcançável mundo psicológico, mas é o significado de uma conduta conforme regras sociais, fica clara a capacidade de ação dos entes coletivos.

Como aponta Carbonell Mateu<sup>51</sup>, já por razões bem mais simples não fazia sentido a exigência de que uma pessoa jurídica fosse capaz de movimentos por si só para que fosse considerada capaz de realizar ação. Se assim fosse, sequer consideraríamos que elas são capazes de celebrar contratos, já que não têm mãos nem seguram a caneta para firmar seus documentos e se comprometer.

González Cussac<sup>52</sup> também evidencia a incoerência de que as pessoas jurídicas sejam consideradas sujeitos de direitos independentes das pessoas físicas que

47 Id. Primer seminario: Lady Macbeth y la doctrina de la acción. In: VIVES ANTÓN, Tomás S.; CUERDA ARNAU, M<sup>a</sup> Luisa; GÓRRIZ ROYO, Elena. **Acción significativa, comisión por omisión y dogmática penal**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2017, p. 18.

48 Id. **Fundamentos do sistema penal**. 2. ed. Trad. Paulo César Busato. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2022, p. 161.

49 CARBONELL MATEU, Juan Carlos. Op. cit., p. 316-317.

50 VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. **Fundamentos del sistema penal: acción significativa y derechos constitucionales**. 2. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011, p. 222. Ainda, GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis. Op. cit., p. 326-327.

51 CARBONELL MATEU, Juan Carlos. Op. cit., p. 315-316.

52 GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis. Op. cit., p. 319-320.

a constituem, que sua vontade formada por procedimentos legais e estatutários tenha validade e possua efeitos jurídicos, mas que, para o Direito penal, não possa ser considerada responsável pelos seus atos<sup>53</sup>.

Quando se compreende a ação desvinculada desse apego ontológico, percebe-se que essas incongruências se desvanecem.

Já de plano, levando em conta o que Vives Antón<sup>54</sup> aclara sobre a ação e a intenção, essa concepção admite a impossibilidade de buscar a intenção num mundo psicológico à parte na mente do sujeito, que teria dado causa à ação entendida como um movimento corporal correspondente.

Partindo daí, já é possível se desprender da ideia de uma ação que parecia exclusivamente humana. Quando percebe-se que a ação é o significado de um substrato e que não se consegue alcançar a intenção subjetiva interna que estava na mente do sujeito, chega-se à conclusão de que a intenção se extrai do próprio significado compreendido e que, portanto, uma corporação, assim como uma pessoa natural, pode, da mesma forma, ser capaz de expressar suas intenções inscritas em uma ação. Ou seja, para qualquer delas, é possível identificar, com base nas regras sociais, que há um significado atribuível à sua conduta.

De fato, as condutas das pessoas jurídicas têm significado quando analisadas com base nas regras de comportamento social – ex.: “a empresa X demitiu 50 funcionários” –, pois são sujeitos de direitos submetidos a normas e dos quais se podem exigir determinados comportamentos – ex.: “a companhia F. foi proibida de contratar com o poder público, por ter deixado de cumprir o contrato de licitação Z, no prazo” –. Assim, tais comportamentos podem ser interpretados de acordo com a linguagem social e comunicativa e, ademais, pode-se reconhecer que eles violam normas – ex. “a empresa X vem poluindo o ar de Cubatão desde os anos 80 e, mesmo advertida pelo Ministério Público, não instalou filtro de ar” –. Consequentemente, às suas condutas pode ser atribuído um significado, linguístico. Se a ação se encontra justamente neste significado linguístico, cujos termos são perfeitamente compreensíveis nos exemplos, as pessoas jurídicas são obviamente capazes de ação<sup>55</sup>.

González Cussac lembra que, partindo dessas bases, a ação não é um conceito genérico, pois as diferentes ações não têm todas um sentido comum e, assim,

53 No mesmo sentido, BUSATO, Paulo César. *Tres tesis sobre la responsabilidad penal de personas jurídicas*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2019, p. 96.

54 VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Fundamentos del sistema penal: acción significativa y derechos constitucionales*. 2. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011, p. 219-263.

55 CARBONELL MATEU, Juan Carlos. Op. cit., p. 315-318; GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis. Op. cit., p. 319-321/325-326.

para compreender uma ação, é preciso, primeiro, saber de qual ação se fala<sup>56</sup>. Assim, quando se perquire se uma pessoa jurídica é capaz de ação, pode-se ajustar melhor a pergunta para compreender se, na verdade, ela é capaz de realizar determinado tipo de ação<sup>57</sup>. Dessa maneira, ao se questionar se a pessoa jurídica é capaz de ação, não se pode partir de alguns exemplos pontuais em que elas não seriam capazes de realizar a ação (como a violação sexual mediante fraude<sup>58</sup> ou o aborto provocado pela gestante<sup>59</sup>, por exemplo) para explicar que elas não seriam capazes, de forma genérica, de ação. Como as ações não respondem a um supra-conceito único<sup>60</sup>, o que deve ser questionado é, a partir de um tipo de ação específico, se há capacidade de ação. Aliás, não é diferente com as pessoas físicas em determinados tipos penais que exigem especial condição do sujeito ativo, como funcionário público<sup>61</sup>, médico<sup>62</sup>, militar<sup>63</sup> etc.

Em síntese, ao conceber a ação como um significado compreendido por meio das normas sociais, percebe-se que a pessoa jurídica é capaz de ação. Isso porque se trata de um sujeito de direito que está submetido às normas sociais e que por elas transita, tomando decisões, praticando atos, contraindo obrigações e, também, infringindo normas jurídicas<sup>64</sup>. Logo, de suas condutas é possível extrair um significado e, portanto, a capacidade de ação. Obviamente, não é capaz de realizar todos os tipos de ação (ora, tampouco todas as pessoas físicas o são), mas, ao se levar em conta que a ação não é um conceito genérico e que o que precisa ser analisado é cada um dos tipos de ação, percebe-se que a capacidade de ação das pessoas jurídicas certamente é passível de constatação.

Partindo dessa premissa, encontra-se o problema central desse artigo. Mas, então, como verificar se houve dolo e imprudência na conduta de uma pessoa jurídica?

56 VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. **Fundamentos del sistema penal**: acción significativa y derechos constitucionales. 2. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011, p. 542-543; no mesmo sentido, GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis. Op. cit., p. 326-327.

57 GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis. Op. cit., p. 327.

58 Violação sexual mediante fraude Art. 215. Ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com alguém, mediante fraude ou outro meio que impeça ou dificulte a livre manifestação de vontade da vítima: (Redação dada pela Lei nº 12.015, de 2009) Pena - reclusão, de 2 (dois) a 6 (seis) anos.

59 Aborto provocado pela gestante ou com seu consentimento Art. 124 - Provocar aborto em si mesma ou consentir que outrem lho provoque: Pena - detenção, de um a três anos.

60 VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. **Fundamentos del sistema penal**: acción significativa y derechos constitucionales. 2. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011, p. 222.

61 Por exemplo, o peculato, artigo 312 do Código Penal, é um tipo penal cujo sujeito ativo é um funcionário público.

62 Por exemplo, apenas médicos podem ser sujeitos ativos do crime de omissão de notificação de doença, previsto no artigo 269 do CP.

63 Por exemplo, o crime de desrespeito a símbolo nacional, previsto no artigo 161 do Código Penal Militar pode ser cometido apenas por militares.

64 CARBONELL MATEU, Juan Carlos. Op. cit.

#### 4 Intencionalidade e pessoa jurídica: o dolo e a imprudência

Reconhecida a capacidade de ação das pessoas jurídicas, percebe-se que há mais problemas a solucionar. E a concepção de que são “problemas” se deve, especialmente, a teorias do delito construídas tendo a pessoa natural como a única capaz de delinquir. Por causa disso, falar de dolo e de culpa parece trazer à baila uma discussão de sentimentos exclusivamente humanos, como se falássemos de uma intenção carregada de negatividade construída no âmbito psicológico de uma pessoa, ou de uma falta de cuidado tipicamente humana.

O que essas construções enraizadas fazem é partir de elementos psicológicos e propriamente humanos que são desnecessários e prejudiciais à uma atribuição de responsabilidade que se preocupe com os princípios democráticos do direito penal, incorrendo na mesma falácia adremente alertada de efetuar escolhas inviabilizantes *a priori*.

Justamente por conseguir se desprender desses elementos, a concepção significativa da ação oferece uma melhor maneira de solucionar as questões relativas à responsabilidade da pessoa jurídica.

Nesse modelo de imputação, o dolo e a imprudência estão situados na pretensão de ilicitude da norma<sup>65</sup>. Verificada a pretensão de relevância na sua vertente conceitual (relacionada ao tipo objetivo) e de ofensividade (se há lesão ou perigo relevante ao bem jurídico) e constatando-se que há tipo de ação, analisa-se a pretensão de ilicitude a fim de constatar se há dolo ou imprudência. Presente um desses compromissos, haverá pretensão de ilicitude, ou seja, de antijuridicidade formal. Ausentes, não haverá ilicitude e, conseqüentemente, não se justifica a atuação do Direito penal.

O que se destaca na concepção significativa de ação é a interpretação que se faz do dolo e da imprudência, afastando-os, de um lado, de noções psicológicas e de uma necessidade insaciável de intromissão na mente do sujeito e, de outro, apresentando uma análise normativa que não descarta da necessidade de se levar em conta elementos como as práticas sociais e os costumes que constroem as relações intersubjetivas<sup>66</sup>.

65 VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. **Fundamentos do sistema penal**. 2. ed. Trad. Paulo César Busato. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2022, p. 370-371. Nesse mesmo sentido: “... la intención subjetiva (dolo o imprudencia) no integra el tipo de acción, porque no cumple una función conceptual o definitoria de la clase de acción correspondiente. Y tampoco integra el juicio de reproche en qué consiste la culpabilidad, pues al concebirse la norma como directiva de conducta, constituye una forma de infracción de la misma, incardinándose en la categoría de ilicitud o infracción del deber (antijuridicidad formal como antinormatividad)”. ORTOS BERENGÜER, Enrique; GONZÁLEZ CUSSAC, José L. **Compendio de Derecho penal**: parte general. 8. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2019, p. 330. Também: BUSATO, Paulo César. **Direito penal**: parte geral. 6. ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2022, p. 291-293.

66 VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. **Fundamentos del sistema penal**: acción significativa y derechos constitucionales. 2. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011, p. 248-252.

A consequência disso na análise do dolo é intuitiva: se não é possível alcançar o que se passa na mente do sujeito, não é possível conhecer o que ele sabe e o que ele quer, os elementos tradicionais do dolo (cognitivo e volitivo). Esta tendência aparece também em outros teóricos, com o dolo atributivo<sup>67</sup>.

A diferença entre esses autores e a concepção significativa é que, nesta, a atribuição de dolo ou culpa não é livre, mas condicionada ao uso da linguagem.

Vives Antón<sup>68</sup>, de forma muito elucidativa, situa os problemas da compreensão do dolo na confusão que se faz entre a intenção como um dado inscrito na ação e outras expressões subjetivas como o querer ou o desejo. Parte o autor de situar a impossibilidade de se reunir sob o mesmo gênero a situação de quem deliberadamente mata seu inimigo com um tiro à de quem coloca uma bomba em um carro para matar um chefe de Estado sabendo que matará também o motorista e a de quem joga roleta russa com os amigos queridos. Note-se que são três atitudes psicológicas completamente distintas, mas que são colocadas sob a mesma denominação do dolo, como se representassem igualmente um “querer”.

E, a seguir, demonstra que, da mesma forma, o “conhecimento” é algo que não se pode verificar, o que fica muito claro com o dolo eventual. Não há como saber se o autor teve uma representação do resultado, se efetuou uma previsão e se realizou um cálculo<sup>69</sup>.

Então, como aferir o dolo? Como dito alhures, a intenção não é verificável perscrutando-se a mente do autor, mas é compreendida pelas práticas sociais, pelos costumes e pelas instituições humanas. E assim se afere o dolo, segundo Vives Antón<sup>70</sup>: como um compromisso verificável pelo exame das regras sociais e jurídicas que definem a ação em comparação com as competências do autor. Essas competências, por sua vez, também não são averiguadas por uma infrutífera busca do que continha a mente do autor, mas pela verificação das suas manifestações externas, que dão conta de que técnicas dominava, do que podia prever, do que

67 Por exemplo, para Pérez Barberá, o dolo não é vontade e nem conhecimento e, além disso, não forma parte do mundo fático, mas apenas do mundo normativo. Para o autor, o dolo é a propriedade normativa em função da qual se desvaloriza mais ou menos uma conduta. PÉREZ BARBERÁ, Gabriel. **El dolo eventual**: hacia el abandono de la idea de dolo como estado mental. Buenos Aires: Hammurabi, 2011, p. 816-817. Ragués i Vallès, por sua vez, também afasta a possibilidade de se averiguar a ocorrência de dados psíquicos e propõe que o dolo seja atribuído com base no significado social de uma conduta e das circunstâncias que a acompanham. RAGUÉS I VALLÈS, Ramon. **El dolo y su prueba en el proceso penal**. Barcelona: José María Bosch, 1999, p. 352-353. De modo parecido, HASSEMER, Winfried. Los elementos característicos del dolo. **Anuario de derecho penal y ciencias penales**, v. 43, p. 909-932, 1990, p. 931.

68 VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. **Fundamentos del sistema penal**: acción significativa y derechos constitucionales. 2. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011, p. 249-250.

69 *Ibid.*, p. 251.

70 *Ibid.*, p. 252. Nesse mesmo sentido, ORTS BERENGUER, Enrique; GONZÁLEZ CUSSAC, José L. *Op. cit.*, p. 331.

podia calcular. Somente com base nessas manifestações externas é que se pode entender suas intenções.

Consequência disso é que o “querer” deixa de ser uma ideia psicológica de desejo, pois, na verdade, reside na ação mesma, a qual se expressa como um compromisso de atuar, uma intenção. E essa verificação deixa, então, de ser naturalística para ser normativa<sup>71</sup>.

O dolo é identificado, assim, como o compromisso para com a lesão ou o perigo inerente ao resultado<sup>72</sup>: então, passa a fazer sentido por que condutas tão diferentes como aquelas exemplificadas (matar o inimigo, causar a morte do motorista do chefe de Estado e brincar de roleta russa) podem ser reunidas em um só gênero com consequências jurídicas muito próximas. Em todos esses casos, as manifestações externas permitem inferir que houve um compromisso de atuar e com a lesão. Frisa-se que não se trata de perquirir os desejos internos de quem atuou, mas de verificar suas manifestações externas conjugadas com aquilo que se extrai de suas competências<sup>73</sup>. São “critérios de compreensão, que nos permitem deslindar a gravidade da contradição entre a ação e a diretiva de conduta contida na norma”<sup>74</sup>.

Já a imprudência é a ausência de compromisso, tanto com a produção do resultado típico, como quanto à evitação da lesão<sup>75</sup>.

Nota-se, assim, que sempre existe o compromisso de atuar. Esse mínimo comum está presente tanto para o dolo como para a imprudência<sup>76</sup>. O que os diferencia é o compromisso com a produção do resultado típico, que não está nesta última.

Depreende-se, assim, que o dolo e a imprudência são aferidos normativamente com base nas suas manifestações externas, sem qualquer recurso à mente do autor e, nem sequer, com a pretensão de que haja uma equivalência ou correspondência entre o que o dolo atribuído normativamente e o que se passa na mente do autor<sup>77</sup>.

---

71 Ibid., p. 253.

72 Ibid., p. 253.

73 Ibid., p. 253.

74 Ibid., p. 187.

75 Ibid., p. 259 e ORTS BERENQUER, Enrique; GONZÁLEZ CUSSAC, José L. Op. cit., p. 337.

76 ORTS BERENQUER, Enrique; GONZÁLEZ CUSSAC, José L. Op. cit., p. 331.

77 Segundo Busato, algumas perspectivas, apesar de atribuir o dolo de forma normativa, ainda tentam fazer com que ele corresponda ao que estaria na mente do autor, como numa busca de uma verdade como correspondência de Tarski. BUSATO, Paulo César. Apresentação. In: CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. **Dolo e linguagem**: rumo a uma nova gramática do dolo a partir da filosofia da linguagem. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020, p. 7-12.

Verifica-se o dolo quando há compromisso com a produção do resultado típico e a imprudência quando falta este compromisso e, também, o de evitar o resultado.

Uma vez que se abandona uma concepção de dolo apegada a elementos psicológicos, afastam-se os óbices do reconhecimento de que à pessoa jurídica é atribuível o dolo (ou a imprudência).

O primeiro ponto a ser destacado é que a pessoa jurídica pode manifestar vontade própria. Com efeito, nem sempre as decisões de atuação de uma empresa correspondem a uma vontade individual, ou mesmo a uma soma de vontades específicas, divisíveis e identificáveis de pessoas físicas. Por vezes, haverá decisões para realização de ações que serão diversas das vontades individuais, sendo válido retomar, exemplo apresentado na discussão original, ao qual, aqui acrescenta-se detalhes<sup>78</sup>.

Imagine-se que as regras de gestão de determinada empresa preveem que as deliberações serão tomadas por maioria simples em votação aberta e simultânea. Identificado o conteúdo da data da reunião em que deliberou pela ampliação da fábrica com a construção de um novo edifício, verificou-se que a votação foi fracionada em três etapas, sendo que, cada votante, sem conhecer o voto dos demais e nem o resultado das decisões das demais etapas, deveria responder sim ou não a três distintas perguntas: a) devemos ampliar a fábrica com uma nova construção?; b) construiremos devastando a vegetação à margem do rio?; c) devemos pedir autorização do órgão de controle ambiental para realizar o desmatamento do nosso terreno? Na primeira pergunta, A e B votaram pela ampliação da fábrica, que não era desejada por C, que votou contra a sua realização; à segunda pergunta, A e C votaram a favor da remoção da mata, com a construção à beira do rio, tema em que ficou vencido B, a quem seria melhor se a construção se realizasse sobre os andares já existentes da fábrica; finalmente, na terceira votação, B e C optaram por não solicitar a licença da autoridade para o desmatamento, tendo em vista que adotam a política corporativa de não se submeter às regras administrativas do Estado, nem sequer as fiscais, e temem que um requerimento possa levar a uma verificação estatal no âmbito fiscal, tema em que ficou vencido A.

Ora, no caso, A gostaria de ampliar a fábrica sobre as margens do rio, mas pretendia requerer autorização para tanto. B não gostaria que a ampliação se desse sobre as margens do rio, vulnerando a mata ciliar. E C sequer pretendia a ampliação da fábrica. Individualmente, não há qualquer pessoa física que tenha votado por uma ampliação que cause desmatamento desautorizado, mas a decisão da

<sup>78</sup> O exemplo e a conclusão a ele relativa já foram apresentados em: BUSATO, Paulo César. *Tres tesis sobre la responsabilidad penal de personas jurídicas*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2019, p. 100-101.

pessoa jurídica, ao fim, foi essa. Logo, a manifestação de vontade é exclusiva da pessoa jurídica, assim como o resultado danoso é apenas a si atribuível.

Além dessa situação, podem existir inúmeras outras em que a pessoa jurídica manifeste sua intenção por meio da exteriorização de decisões que coincidem ou não com a de indivíduos de sua estrutura. O fato de que coincidam tampouco afasta sua vontade própria, mas apenas indica que pode existir coautoria ou mesmo participação<sup>79</sup>, seja na gestação da decisão que resulte criminosa, seja na aderência de outrem a sua decisão de agir ilicitamente.

Assim, é despicienda a exigência de um fato de conexão e de uma dependência a um ato praticado por uma pessoa física para que se possa atribuir responsabilidade à pessoa jurídica. Esta tem não só capacidade jurídica de atuar, como de expressar vontade própria e, muitas vezes, diversa das pessoas físicas que a compõem.

Levando-se isso em conta, observa-se que é possível reconhecer o dolo correspondente à pessoa jurídica: se o dolo é o compromisso com a produção do resultado típico, então, ao manifestar uma vontade própria e apenas a si atribuível, a pessoa jurídica exterioriza um compromisso com a produção de um resultado típico.

Se é isso que interessa ao Direito penal e não processos psicológicos, desejos ou sentimentos<sup>80</sup>, é irrelevante que a pessoa jurídica não os tenha. Não é coerente exigir-se para ela algo que sequer é apreensível e que jamais foi efetivamente constatado em um caso concreto da liça forense, nas pessoas físicas. A compreensão de sentido da ação e a intenção nela manifestada existem, aqui, de forma igual para qualquer dos sujeitos – pessoa física ou jurídica – e tentativas de “humanizar” a manifestação do compromisso de atuar regride à renitente e infrutífera busca do que se passa na mente das pessoas.

Não se nega, portanto, que pessoas físicas pensem, tenham ideias, desejos, e pessoas jurídicas não. O que se defende aqui é que, uma vez que não se pode escarafunchar o pensamento alheio, o que importa para aferição do dolo não são aquelas ideias e aqueles desejos, mas a sua externalização, a partir da qual, e somente a partir da qual, pode-se compreender o compromisso expresso por meio da ação. Se é assim, pouco importa que a decisão da pessoa jurídica se origine de

79 Sobre o concurso de pessoas na atividade empresarial, v. BUSATO, Paulo César. Autoria e participação nos delitos de pessoas jurídicas: uma análise crítica da responsabilidade por ricochete adotada pelo Superior Tribunal de Justiça. In: CHOUKR, Fauzi Hassan; LOUREIRO, Maria Fernanda; VERVAELÉ, John (org.). **Aspectos contemporâneos da responsabilidade penal da pessoa jurídica**. Vol. II. São Paulo, Fecomercio SP, 2014, p. 89-109 e CESTO, Mariana. Op. cit., 2022.

80 VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. **Fundamentos del sistema penal**: acción significativa y derechos constitucionales. 2. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011, p. 252.



uma reunião, de uma votação ou de um procedimento administrativo interno, pois ela, da mesma forma, externaliza sua decisão em uma ação compreensível de acordo com práticas sociais. Ao fim, o que interessa é justamente a ação na qual se expressa a intenção, o que é constatável tanto para a pessoa física quanto para a pessoa jurídica da mesma forma.

Portanto, tanto a intenção objetiva (o sentido do que se faz<sup>81</sup>) quanto a subjetiva (a expressão das atitudes do sujeito frente à norma e frente às consequências de sua ação<sup>82</sup>) são aferíveis normativamente com relação à pessoa jurídica, assim como o são para as pessoas naturais. Nas pessoas físicas, elas podem até se desenvolver em suas mentes e estarem permeadas de irrelevantes desejos exclusivamente humanos, mas o que interessa ao Direito penal – enquanto forma expressiva de linguagem que é – é a manifestação da intenção expressa na ação. É a compreensão da ação no meio externo que tem relevância jurídica. E, ainda que gestado de uma forma burocrática e não mental, a pessoa jurídica também expressa esse compromisso de atuar ao manifestar decisões contrárias ao bem jurídico. Logo, o componente humano não altera em nada a análise das manifestações externas a fim de se reconhecer se pessoa física ou jurídica agiu intencionalmente, ou seja, se agiu com dolo. Por meio do cotejo da ação com o entorno social, com os costumes, com o domínio de técnicas, é possível identificar dolo para uma e para outra.

Se é possível identificar para as pessoas jurídicas o compromisso com o resultado (dolo), evidentemente também é possível constatar a ausência desse compromisso combinada com a ausência de diligência e cuidado<sup>83</sup>. Dessa maneira, tampouco há dificuldades para se identificar eventual conduta imprudente de uma pessoa jurídica.

## 5 Conclusão

Este artigo revisitou o tema da vontade penal da pessoa jurídica, primeiramente abordado em 2001. A atualização da questão mostrou-se necessária diante da importância do tema. Passados mais de vinte anos, colocada a criminalidade e a responsabilidade penal das pessoas jurídicas sob uma lupa, constatou-se que as pessoas jurídicas delinquem, são violadoras dos bens jurídicos que se consideram mais valiosos e que sua responsabilidade sofreu um hiato momentâneo por uma razão muito simples: seus próprios interesses.

E, ao analisar os fundamentos da sua responsabilização, inescapável diante do cenário legislativo brasileiro atual, percebeu-se que é possível, hoje, responder

81 ORTS BERENQUER, Enrique; GONZÁLEZ CUSSAC, José L. Op. cit., p. 330.

82 Ibid., p. 330.

83 Assim também conclui CARBONELL MATEU, Juan Carlos. Op. cit., p. 327.

ao questionamento que finalizou aquele primeiro artigo: é preciso um novo conceito para a vontade ou o Direito penal realmente não é capaz de atribuir responsabilidade para pessoa jurídica?

Na verdade, era a própria abordagem da vontade das pessoas naturais que carecia de uma perspectiva menos dependente de elementos psicológicos imperscrutáveis. Com o desprendimento dessa dependência, o caminho para a solução se mostrou: a abordagem da questão por meio do marco teórico da ação significativa, como proposta por Vives Antón, é capaz de evidenciar como atribuir à pessoa jurídica intencionalidade, sem que seja necessário recorrer a qualquer conceito diverso daqueles que já se utilizam para as pessoas naturais.

Partindo desse marco, foi firmada uma premissa essencial para a solução do problema central do trabalho: a ação depende do significado que socialmente se atribui a ela, ou seja, a atribuição de sentido depende das práticas sociais<sup>84</sup>. Abandona-se, com isso, a ideia de ação como um substrato, como um dado ontológico, como um resultado de uma intenção psicológica, e se passa a entendê-la como o próprio sentido desse substrato. E esse sentido se compreende por meio dos usos e costumes, das práticas sociais que estabilizam esses significados.

Partindo dessa concepção, a ação da pessoa jurídica já não apresenta aqueles óbices tradicionais que se lhe opõem, como a incapacidade de se movimentar. Esses óbices, aliás, já poderiam ser afastados por questões bem mais prosaicas, que foram levantadas por autores como Carbonell Mateu e González Cussac, consistentes no fato de que as pessoas jurídicas são sujeitos de direitos capazes de atuar em qualquer âmbito do Direito, inclusive firmando contratos (e, eventualmente, os descumprindo), enquanto para o Direito penal se insistia que essa situação não era a mesma. O apego a teorias pretensamente científicas e construídas em torno da pessoa natural reforçava a ideia de que a responsabilidade não “caberia” dentro dos postulados que se defendiam. Ao se desprender dessas teorias e conceber a ação como um significado compreendido por meio das normas sociais, pode-se concluir que a pessoa jurídica é capaz de ação.

Outrossim, como nessa concepção a intenção deixa de ser algo que poderia ser buscado na cabeça de alguém, ela deixa de ter o caráter psicológico e, conseqüentemente, exclusivamente humano. Como a intenção está inserida na ação, ela é compreendida pelas práticas sociais e pelos costumes. O dolo passa a ser compreendido, assim, como o compromisso verificável pelo exame das regras sociais e jurídicas que definem a ação em comparação com as competências do autor. E, sendo assim, passa a ser um elemento apreensível com relação a qualquer pessoa

84 VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. **Fundamentos del sistema penal**: acción significativa y derechos constitucionales. 2. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011, p. 230-261.

– física ou jurídica. Como a imprudência parte dessa mesma base e representa a ausência desse compromisso somada à ausência de compromisso com o resultado, ela também é aferível no caso da pessoa jurídica.

Dessa maneira, conclui-se que, sim, é possível atribuir intenção à pessoa jurídica, ao se analisar o que sua ação comunica, ou seja, qual o significado que tem diante das práticas sociais em que estamos inseridos. Se essa ação comunica o compromisso de atuar e de lesionar o bem jurídico, haverá dolo, independentemente de como a decisão foi gestada dentro dos processos burocráticos empresariais. Da mesma maneira, caso se verifique a falta de compromisso com o resultado e ausência de diligência, também é possível atribuir responsabilidade a título de imprudência à pessoa jurídica. E, tão relevante quanto essas conclusões, é a de que, para isso, não é preciso, ainda que seja possível, responsabilizar alguém “com” ou “pela” pessoa jurídica.

## Referências bibliográficas

- BARATTA, Alessandro. Integración-prevención: una “nueva” fundamentación de la pena dentro de la teoría sistémica. *Cuadernos de política criminal*, n. 24, p. 533-551, 1984.
- BECK, Ulrich. *La sociedad del riesgo global*. Trad. Jesús Alborés Rey. Madrid: Siglo XXI de España, 2002.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. *Direito penal das licitações*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2021.
- BRICKEY, Kathleen F. *Corporate and white collar crime: cases and materials*. 4. ed. New York: Aspen, 2006, p. 1.
- BUSATO, Paulo César. Apresentação. In: CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. *Dolo e linguagem: rumo a uma nova gramática do dolo a partir da filosofia da linguagem*. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020.
- BUSATO, Paulo César. A responsabilidade criminal de pessoas jurídicas na história do direito positivo brasileiro. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, v. 55, n. 218, p. 85-98, abr./jun. 2018.
- BUSATO, Paulo César. Autoria e participação nos delitos de pessoas jurídicas: uma análise crítica da responsabilidade por ricochete adotada pelo Superior Tribunal de Justiça. In: CHOUKR, Fauzi Hassan; LOUREIRO, Maria Fernanda; VERVAELE, John (org.). *Aspectos contemporâneos da responsabilidade penal da pessoa jurídica*. Vol. II. São Paulo, Fecomercio SP, 2014, p. 89-109.
- BUSATO, Paulo César. Crítica à ciência jurídico-penal a partir da linguagem wittgensteiniana. *Revista de estudos criminais*, Porto Alegre, v. 19, n. 78, p. 103-129, 2020.
- BUSATO, Paulo César. De máquinas y seres vivos: ¿Quién actúa en los resultados delictivos derivados de decisiones cibernéticas? In: DEMETRIO CRESPO, Eduardo. *Derecho penal y comportamiento humano: Avances desde la neurociencia y la inteligencia artificial*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2022, p. 349-376.
- BUSATO, Paulo César. *Direito penal: parte geral*. 6. ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2022.
- BUSATO, Paulo César. O Leviatã de Brumadinho. *Boletim Ibccrim*, ano 27, n. 316, p. 7-8, mar. 2019.
- BUSATO, Paulo César. Vontade penal da pessoa jurídica: um problema prático de imputação de responsabilidade criminal. *Novos Estudos Jurídicos*, Itajaí, ano VI, n. 12, p. 165-180, abr. 2001.
- BUSATO, Paulo César. *Tres tesis sobre la responsabilidad penal de personas jurídicas*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2019.
- CARBONELL MATEU, Juan Carlos. Aproximación a la dogmática de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. In: CARBONELL MATEU, Juan Carlos; GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis; ORTOS BERENGUER, Enrique (dir.). *Constitución, derechos fundamentales y sistema penal: semblanzas y estudios con motivo del setenta aniversario del profesor Tomás Salvador Vives Antón*. Tomo I. Valencia: Tirant lo Blanch, 2009.

- CESTO, Mariana. **Corresponsabilidade penal na atividade empresarial**: coautoria e participação de pessoas físicas nos crimes cometidos por pessoas jurídicas. 2022. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2022.
- DAVID, Décio Franco; BUSATO, Paulo César. A empresa é capaz de ação? Uma proposta de discussão sobre a capacidade de rendimento da concepção significativa da ação no Direito penal empresarial. **Revista justiça e sistema criminal**, v. 9, n. 16, p. 205-232, jan./jun. 2017.
- DOTTI, René Ariel. A incapacidade criminal da pessoa jurídica (uma perspectiva do direito brasileiro). *In*: PRADO, Luiz Régis; DOTTI, René Ariel (coord.). **Responsabilidade penal da pessoa jurídica**: em defesa do princípio da imputação penal subjetiva. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.
- FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**. 30. ed. São Paulo: Vozes, 1987.
- GALÁN MUÑOZ, Alfonso. La responsabilidad penal de la persona jurídica tras la reforma de la LO 5/2010: entre la hetéro y la autorresponsabilidad. **REJ Revista de estudios de la justicia**, n. 15.
- GASPAR, Malu. **A organização**. A Odebrecht e o esquema de corrupção que chocou o mundo. São Paulo: Companhia das Letras, 2020.
- GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis. **Responsabilidad penal de las personas jurídicas y programas de cumplimiento**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2020.
- GRACIA MARTÍN, Luís. La cuestión de la responsabilidad penal de las propias personas jurídicas. *In*: ROMEO CASABONA, Carlos María. **Dogmática penal, política criminal y criminología en evolución**. Peligros: Comares, 1996, p. 128-136.
- GRECO, Luís. Por que é ilegítimo e quase de todo inconstitucional punir pessoas jurídicas. *In*: BUSATO, Paulo César (org.). **Responsabilidade penal das pessoas jurídicas**: seminário Brasil-Alemanha. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018.
- GUARAGNI, Fábio André. *Criminal compliance* e prevenção de delitos econômicos: o problema dos desvios cognitivos e volitivos na origem da prática criminosa. *In*: COUTINHO, Aldacy Rachid; BUSATO, Paulo César (org.). **Aspectos jurídicos do compliance**. Florianópolis: Empório do Direito.
- GUARAGNI, Fábio André. Responsabilidade penal do ente coletivo: pilastras político-criminais derivadas das noções de sociedade de risco e alteridade. *In*: CHOUKR, Fauzi Hassan; LOUREIRO, Maria Fernanda; VERVAELE, John (org.). **Aspectos contemporâneos da responsabilidade penal da pessoa jurídica**. v. II. São Paulo: Fecomércio, 2014.
- HASSEMER, Winfried. Crisis y características del moderno Derecho penal. **Actualidad Penal**, n. 43, nov.1993.
- HASSEMER, Winfried. Los elementos característicos del dolo. Anuario de derecho penal y ciencias penales, v. 43, p. 909-932, 1990.
- JAKOBS, Günther. **Tratado de Direito penal**: teoria do injusto penal e culpabilidade. Trad. Gercélia Batista de Oliveira Mendes e Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.
- LÓPEZ PEREGRÍN, Carmen. La discusión sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas y las consecuencias accesorias del art. 129 CP, once años después. *In*: MUÑOZ CONDE, Francisco (dir.). **Problemas actuales del Derecho penal y de la criminología**: estudios penales en memoria de la Profesora Dra. María del Mar Díaz Pita. Valencia: Tirant lo Blanch, 2008.
- MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. Algunas reflexiones sobre la moderna teoría del “big crunch” en la selección de bienes jurídicos-penales (especial referencia al ámbito económico). **Anuario da Faculdade de Direito da Universidade da Coruña**, n. 7, p. 953-985, 2003.
- MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. La expansión, la reducción y la legitimidad del Derecho penal económico. *In*: PÉREZ ÁLVAREZ, Fernando (ed.); GARCÍA ALFARAZ, Isabel (coord.), DÍAZ CORTÉS, Lina Mariola (coord.). **Serta**: in memoriam Louk Hulsmán. Salamanca: Universidad de Salamanca, 2016.
- MUÑOZ CONDE, Francisco. **Derecho penal y control social**. 2. ed. Santa Fé de Bogotá: Temis, 1999.
- MUÑOZ CONDE, Francisco. **Introducción al Derecho penal**. Barcelona: Bosch, 1975.
- NOLAN, Justine. Refining the rules of the game: the corporate responsibility to respect human rights. **Utrecht Journal of International and European Law**, v. 30, n. 78, p. 7-23, fev. 2014.
- PRAZERES, Ângela dos; BUSATO, Paulo César. Heterorresponsabilidade e autorresponsabilidade

- penal de pessoas jurídicas. Especial referência ao fato de conexão. *In*: BUSATO, Paulo César (org.). **Responsabilidade penal de pessoas jurídicas**: anais do III seminário Brasil-Alemanha. Vol. II. São Paulo: Empório do Direito; Tirant lo Blanch, 2020. p. 9-34.
- ORTS BERENGUER, Enrique; GONZÁLEZ CUSSAC, José L. **Compendio de Derecho penal**: parte general. 8. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2019.
- PÉREZ BARBERÁ, Gabriel. **El dolo eventual**: hacia el abandono de la idea de dolo como estado mental. Buenos Aires: Hammurabi, 2011.
- RAGUÉS I VALLÈS, Ramon. **El dolo y su prueba en el proceso penal**. Barcelona: José Maria Bosch, 1999.
- ROXIN, Claus. **La evolución de la política criminal, el Derecho penal y el proceso penal**. Trad. Carmen Gómez Rivero y María del Carmen García Cantizano. Tirant lo Blanch: Valencia, 2000.
- SANTOS, Juarez Cirino dos. Responsabilidade penal da pessoa jurídica. *In*: PRADO, Luiz Régis; DOTTI, René Ariel (coord.). **Responsabilidade penal da pessoa jurídica**: em defesa do princípio da imputação penal subjetiva. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.
- SCHMIDT, Andrei Zenkner. **Direito penal econômico**. Parte geral. 2. ed. rev. e amp. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2018.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. **La expansión del Derecho penal**: aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales. 2. ed. Madrid: Civitas, 2001.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. **La expansión del derecho penal**: aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales. 3. ed. Montevideú: B de f, 2020.
- VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. **Fundamentos del sistema penal**: acción significativa y derechos constitucionales. 2. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011.
- VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. **Fundamentos do sistema penal**. 2. ed. Trad. Paulo César Busato. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2022.
- VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. Primer seminario: Lady Macbeth y la doctrina de la acción. *In*: VIVES ANTÓN, Tomás S.; CUERDA ARNAU, M<sup>a</sup> Luisa; GÓRRIZ ROYO, Elena. **Acción significativa, comisión por omisión y dogmática penal**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2017.

# INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL, CONTROLE MIGRATÓRIO E A CRIMINALIZAÇÃO DE ESTRANGEIROS: DESAFIOS PARA OS DIREITOS HUMANOS E FUNDAMENTAIS

ARTIFICIAL INTELLIGENCE, IMMIGRATION CONTROL  
AND CRIMINALISATION OF FOREIGNERS: CHALLENGES  
FOR HUMAN AND FUNDAMENTAL RIGHTS

CAROLINE DIMURO BENDER D'AVILA<sup>1</sup>

GABRIELLE BEZERRA SALES SARLET<sup>2</sup>

*“Há muros que separam nações, há muros que dividem pobres e ricos, mas não há hoje, no mundo, um muro que separe os que têm medo dos que não têm medo. Sob as mesmas nuvens cinzentas vivemos todos nós, do sul e do norte, do ocidente e do oriente.”*

Mia Couto

**RESUMO:** Os movimentos migratórios são um fenômeno permanente e o dever dos Estados de proteger a população migrante, notadamente em casos de deslocamentos forçados – seja por calamidades naturais, por conflitos armados ou por grave e generalizada violação de direitos humanos – está enunciado em diversos tratados internacionais. Tendo em vista o emprego da inteligência artificial e de tecnologias avançadas no controle migratório e na segurança das fronteiras, o presente artigo, por meio de pesquisa bibliográfica e documental – de viés exploratório – e do método dedutivo, tem como objetivo apresentar as implicações e os riscos do uso de sistemas automatizados nos processos migratórios para os direitos humanos e para a crescente criminalização dos indivíduos em movimento. Normas internas e internacionais devem impor, além de limites à utilização de Inteligência artificial no controle migratório, medidas para a adequação das novas possibilidades tecnológicas às liberdades individuais e coletivas. Trata-se de questão que, necessariamente, exige uma visão global e multinível, sob o paradigma dos direitos humanos e fundamentais

<sup>1</sup> Mestre em Direito pela PUCRS. Professora do Curso de Direito da Atitus/POA. Doutoranda na PUCRS com bolsa da CAPES. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-3874-1643>.

<sup>2</sup> Doutora em Direito pela Universidade de Augsburg-Alemanha com tese validada pelo PPGD- UFRGS. Pós-doutora em Direito pela Universidade de Hamburgo-Alemanha e igualmente pela PUCRS. Pesquisadora visitante e bolsista do Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht - Hamburg-Alemanha (2018). Professora do curso de graduação e no PPGD da PUCRS e Coordenadora do curso de especialização em Direito Digital na PUCRS. Pesquisadora Produtividade CNPQ. ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-3628-0852>

– não de forma retórica – como se tem observado, mas de forma efetiva. A lógica de securitização e de criminalização de migrantes para a elaboração de políticas de governança migratória, necessariamente, precisa dar espaço à lógica de acolhimento e de assistência às pessoas que se encontram nessa situação, para que sejam tratadas como seres humanos na sua plenitude.

**PALAVRAS-CHAVE:** Controle migratório. Criminalização de estrangeiros. Direitos humanos e fundamentais. Inteligência artificial. Migrações internacionais.

**ABSTRACT:** migratory movements are a permanent phenomenon and the duty of States to protect the migrant population, notably in cases of forced displacement – whether due to natural disasters, armed conflicts or serious and generalized violation of human rights – is set out in several international treaties. Bearing in mind the use of artificial intelligence and advanced technologies in migratory control and border security, this article, through bibliographical and documentary research – with an exploratory bias – and the deductive method, this article aims to present the implications and risks of using automated systems in migration processes for human rights and the increasing criminalization of people on the move. Internal and international norms must impose, in addition to limits on the use of artificial intelligence in migratory control, measures to adapt new technological possibilities to individual and collective rights. This is an issue that necessarily requires a global and multilevel vision, under the paradigm of human and fundamental rights – not rhetorically – as has been observed, but effectively. The logic of securitization and criminalization of migrants for the elaboration of migration governance policies, necessarily, needs to give space to the logic of reception and assistance to people who find themselves in this situation, so that they are treated as full human beings.

**KEYWORDS:** Immigration control. Criminalisation of foreigners. Human and fundamental rights. Artificial intelligence. International migrations.

**SUMÁRIO:** 1 Introdução; 2 Breves considerações sobre a normativa, internacional e interna, referente à proteção das pessoas em movimento; 3 Inteligência artificial e controle migratório; 4 Criminalização de migrantes: análise crítica sobre a política do inimigo; 5 Considerações finais; Referências bibliográficas.

## 1 Introdução

A era digital, marcada pelo desenvolvimento de novas tecnologias de informação e de comunicação, traz riscos e ameaças de diversas ordens que implicam a

tutela dos direitos humanos e fundamentais.<sup>3</sup> Existem máquinas capazes de redigir petições e textos acadêmicos, sistemas que por meio de dados de consumidores conseguem aprimorar a publicidade personalizada e decisões automatizadas em vários setores, sobretudo no âmbito das plataformas de resolução de conflitos e de prestação de serviços.

No Canadá, a título ilustrativo, desde 2014 existe um sistema de Inteligência artificial que analisa os requerimentos de ingresso no país. Em 2018, uma investigação conduzida pelo *University of Toronto's International Human Rights Program* (IHRP) gerou o relatório intitulado *Bots at the gate: a Human Rights analysis of automated decision-making in Canada's immigration and refugee system*,<sup>4</sup> que constatou as implicações dessa tecnologia no aumento das desigualdades preexistentes e nas violações de direitos humanos, a exemplo da deportação injustificada.

Os algoritmos, como se observa, em alguns casos exercem um papel preponderante, em especial, na tomada de decisões críticas e difíceis, como permitir – ou não – a entrada de um estrangeiro no país. Independentemente da natureza da decisão a ser tomada, busca-se um conjunto de dados cada vez mais completo e variável, ou seja, um enorme contingente de informação, para a formação de padrões automáticos. Assim, o pensamento, a linguagem, a percepção e a memória ganham contornos diferentes. Algoritmos decidem sem elementos emotivos, portanto, sem a consideração de aspectos emocionais e humanos, como a sensibilidade e a empatia. Algoritmos não tem alma, moral ou sentido ético,<sup>5</sup> embora a *computação afetiva* seja uma área da tecnologia em expansão e que necessariamente deve se realinhar com as inovações em curso.<sup>6</sup> Dessa forma, questiona-se a capacidade da Inteligência Artificial de fazer julgamentos morais ou de realizar a justiça.

3 A transformação digital, conforme Hoffmann-Riem, apresenta riscos de diferentes ordens para a manutenção de uma ordem jurídica justa. HOFFMANN-RIEM, Wolfgang. *Big data e Inteligência Artificial: Desafios para o Direito*. Tradução dos Professores Doutores, Gabrielle Bezerra Sales Sarlet e Carlos Alberto Molinaro. Revisão do Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet. Revista Estudos Institucionais, v. 6, n. 2, p. 431-506, maio/ago. 2020.

4 MOLNAR, Petra; GILL, Lex. *Bots at the gate: a Human Rights analysis of automated decision-making in Canada's immigration and refugee system*. International Human Rights Program (Faculty of Law, University of Toronto) and the Citizen Lab (Munk School of Global Affairs and Public Policy, University of Toronto). Universidade de Toronto. Toronto. Canadá. 2018. Disponível em <https://citizenlab.ca/2018/09/bots-at-the-gate-human-rights-analysis-automated-decision-making-in-canadas-immigration-refugee-system/>. Acesso em 26 mar 2022.

5 SARLET, Ingo Wolfgang; SARLET, Gabrielle Bezerra Sales. Algumas notas sobre a relação entre inteligência artificial, proteção de dados pessoais e os direitos fundamentais na ordem constitucional brasileira. In: SARLET, Gabrielle Bezerra Sales; CALIENDO, Paulo; RUARO, Regina Linden; REICHEL, Luís Alberto; SARLET, Ingo Wolfgang (coord.). *Inteligência artificial e direito*. Porto Alegre: Editora Fundação Fênix, 2023. p. 43-69. Disponível em: [www.fundarfenix.com.br](http://www.fundarfenix.com.br). DOI: <https://doi.org/10.36592/9786554600200>. p. 49-50.

6 Designa-se computação afetiva um novo grau de aprendizado das máquinas, que passam a reconhecer o estado emocional dos usuários por meio de padrões de voz e expressões faciais, por exemplo. Pode ser utilizada para identificar dor em pessoas que não conseguem se comunicar e até mesmo evitar acidentes ao detectar o nível de cansaço de motoristas. Contudo, concomitantemente ao desenvolvimento da tecnologia de Inteligência Artificial afetiva, reflexões sobre os limites éticos da sua utilização também precisam entrar em pauta, já que as manifestações emocionais acontecem de formas diferentes a depender da cultura do indivíduo e, a princípio, decisões importantes não devem ser tomadas com o uso dessa tecnologia. FARANI,



Ademais, também existe uma outra situação problemática: os erros na utilização de sistemas de Inteligência Artificial, seja por falhas na sua aplicação, seja pelos vieses discriminatórios de seu *design*. No Reino Unido, v.g., um algoritmo denominado *visa streaming*, com o objetivo de classificar os pedidos de visto, deixou de ser utilizado em 2020 após o próprio *UK Home Office* reconhecer a presença de vieses racistas e discriminatórios.<sup>7</sup>

Pode-se dizer, nesse cenário, que, de modo geral, há um grande impacto em relação aos direitos humanos e fundamentais que parecem estar sendo erodidos em razão do emprego irreflexivo das novas tecnologias. Dentre os direitos, especialmente em risco, estão o direito ao livre desenvolvimento da personalidade, à liberdade de pensamento e de locomoção, à proteção de dados<sup>8</sup>, à não discriminação, à privacidade, inclusive mental, e à intimidade. E, nesse contexto de incerteza, com novas pautas culturais e novos paradigmas – a partir de uma relação diferente com o tempo e o espaço – emergindo, torna-se imprescindível criar mecanismos de salvaguarda de posições jurídico-fundamentais em face do avanço tecnológico e de seu emprego abusivo, inclusive engendrar uma releitura dos mecanismos clássicos de defesa para que os valores estruturantes do regime democrático – assim como a essência da cidadania – sejam preservados.

Busca-se, no recorte proposto no presente artigo, verificar de que forma a tecnologia – mais especificamente Inteligência Artificial (doravante IA) e *big data* – tem sido utilizada no controle migratório, quais são as perspectivas para o futuro e qual seriam as principais repercussões no que diz com os direitos humanos e fundamentais dos migrantes e com o aumento da criminalização dos migrantes e da militarização das fronteiras. Importa, nessa altura, salientar a premissa básica de que, tendo em vista o atual marco civilizatório e os pilares constitucionalmente erigidos desde 1988 no Brasil, seres humanos em situação de vulnerabilidade não podem ficar sujeitos às decisões automatizadas sem o devido cuidado, sob pena de violação dos direitos mais básicos dessa população e do princípio da não criminalização da mobilidade humana.

---

Camila. *Computação afetiva: a evolução do aprendizado de máquinas*. Disponível em: [www.gazetadopovo.com.br/vozes/camila-farani/computacao-afetiva-a-evolucao-do-aprendizado-de-maquinas/](http://www.gazetadopovo.com.br/vozes/camila-farani/computacao-afetiva-a-evolucao-do-aprendizado-de-maquinas/). Acesso em 09 ago 2023.

7 Disponível em: *We won! Home Office to stop using racist visa algorithm*. Disponível em: [www.jcwi.org.uk/news/we-won-home-office-to-stop-using-racist-visa-algorithm](http://www.jcwi.org.uk/news/we-won-home-office-to-stop-using-racist-visa-algorithm). Acesso em 02 mar 2023.

8 Mesmo antes da Emenda Constitucional n. 115, de 2022, que incluiu a proteção de dados pessoais entre os direitos e garantias fundamentais e fixou a competência privativa da União para legislar sobre o tema, o Supremo Tribunal Federal já havia reconhecido o direito à proteção de dados como direito fundamental autônomo no âmbito da discussão acerca da constitucionalidade da Medida Provisória n. 954/2020, que previa o compartilhamento de dados de usuários de telecomunicações com o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) para a produção de estatística oficial durante a pandemia do coronavírus. *STF suspende compartilhamento de dados de usuários de telefônicas com IBGE*. Disponível em: [portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=442902&ori=1](http://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=442902&ori=1). Acesso em 27 fev 2023.

Para tanto, por meio de pesquisa bibliográfica e documental – de viés exploratório – e do método dedutivo, em um primeiro momento, o artigo apresenta brevemente a normativa internacional e interna relativa à proteção dos indivíduos em situação de mobilidade. Na sequência, discorre sobre a utilização da IA no controle migratório e, por fim, oferece uma reflexão sobre a criminalização de migrantes por meio de políticas de governança migratória que vão de encontro à proteção dos direitos humanos e fundamentais.

## **2 Breves considerações sobre a normativa, internacional e interna, referente à proteção das pessoas em movimento**

A Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH), adotada pela Assembleia Geral da ONU por meio da Resolução 217 A (III), em 1948, representa uma resposta aos horrores praticados contra a dignidade humana durante a guerra e um marco histórico importante para a criação de uma consciência universal acerca da proteção dos direitos e liberdades fundamentais do ser humano. Três artigos do documento tratam de temas relacionados à migração. São eles: o artigo 13. 2, que estabelece que “toda a pessoa tem o direito de abandonar o país em que se encontra, incluindo o seu, e o direito de regressar ao seu país”, o artigo 14.1, que dispõe que “toda a pessoa sujeita à perseguição tem o direito de procurar e de se beneficiar de asilo em outros países; e o artigo 15, que determina que “1. Todo o indivíduo tem direito a ter uma nacionalidade. 2. Ninguém pode ser arbitrariamente privado da sua nacionalidade nem do direito de mudar de nacionalidade.” A propósito, Sarlet e Fuhrmann<sup>9</sup> apontam o paradoxo da DUDH ao garantir ao indivíduo o direito de ultrapassar as fronteiras de seu país de origem, pois não há previsão correlata sobre a obrigação dos Estados de receberem os migrantes em seu território, com exceção dos casos de asilo.

Dos tantos efeitos catastróficos provocados pela Segunda Guerra Mundial, pode-se dizer que um deles foi a diáspora de europeus que tiveram que fugir para garantir a sua vida e a sua segurança ou que, em razão disso, perderam seu patrimônio. Na tentativa de solucionar a situação, em 1951, foi adotada a Convenção das Nações Unidas relativa ao Estatuto dos Refugiados. A definição de refugiados estabelecida no artigo 1º da Convenção abrange as seguintes circunstâncias: perseguição por motivos de raça, religião, nacionalidade, grupo social ou opiniões políticas. Acontece que a Convenção apresenta duas limitações: uma temporal – aplica-se somente a eventos ocorridos antes de 1951 – e outra geográfica – restringe-se ao continente europeu. Com o intuito de estender o alcance da proteção conferida

9 SARLET, Gabrielle Bezerra Sales; FUHRMANN, Ítalo Roberto. Direito Digital e Direitos Humanos - a utilização da Inteligência Artificial no Direito Internacional Migratório. p. 285-300. In: FAGGIANI, Valentina (dir.); CARRILLO, Francisco Javier Garrido (coord.) *Desafíos y límites de la política migratoria en Europa y América: perspectivas de derecho comparado*. Navarra: Editorial Aranzadi, 2022. p. 287.

pela Convenção a acontecimentos posteriores, em 1967, o Protocolo relativo ao Estatuto dos Refugiados entrou em vigor, sem limite de datas e de território.

No âmbito da América Latina, o Brasil foi o primeiro país a internalizar a Convenção de 1951, por meio do decreto executivo n. 50.215, de 1961. Em 1972, o decreto executivo n. 70.946 incorporou o Protocolo sobre o Estatuto dos Refugiados, de 1967, ao sistema jurídico brasileiro. A fim de definir os mecanismos para a implementação do Estatuto dos Refugiados de 1951 foi sancionada a Lei federal n. 9.474, de 1997, que ampliou a definição de refugiado contida na Convenção internacional, incluindo, em seu artigo 1º, inciso III, a situação de grave e generalizada violação aos direitos humanos como hipótese para o reconhecimento de tal condição. A Declaração de Cartagena, de 1984 – instrumento normativo que integra o Sistema Interamericano de Direitos Humanos – já previa essa definição expandida de refugiado na América Latina, portanto, infere-se que a lei nacional buscou inspiração no espírito humanitário da normativa regional.

Além da Declaração de Cartagena, existem outras normativas celebradas sob a égide da Organização dos Estados Americanos (OEA) destinadas à proteção daqueles que estão fora das fronteiras de seus países de origem. Na própria Carta institutiva da OEA, cujo texto original data de 1948, os artigos 3 e 45 afirmam que os direitos humanos se aplicam a todos, independentemente da nacionalidade.

De fato, a proteção integral ao ser humano e, em razão disso, independentemente do vínculo de nacionalidade, encontra-se na essência dos direitos humanos e, conseqüentemente do sistema internacional de proteção desses direitos. Em vista disso, na Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem, de 1948, tanto o preâmbulo como o artigo II sinalizam que os direitos do homem não derivam do fato dele pertencer a um determinado Estado, mas sim da sua condição humana.<sup>10</sup>

Pode-se citar, também, na Convenção Americana de Direitos Humanos, de 1969, o artigo 22, que versa sobre o direito de circulação e de residência. E, no Protocolo de San Salvador, de 1988, o artigo 3 dispõe sobre a obrigação dos Estados de não discriminação dos indivíduos, entre outros motivos, por sua raça e origem nacional.

Menciona-se, em síntese, a título ilustrativo, alguns documentos regionais protetivos das pessoas em contexto de mobilidade. Para uma melhor compreensão deve-se indicar que, além da proteção jurídico-normativa, os migrantes tem sua

10 Preâmbulo: Todos os homens nascem livres e iguais em dignidade e direitos e, como são dotados pela natureza de razão e consciência, devem proceder fraternalmente uns para com os outros. Artigo II. Todas as pessoas são iguais perante a lei e têm os direitos e deveres consagrados nesta declaração, sem distinção de raça, língua, crença, ou qualquer outra. *Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem*. Disponível em: [www.cidh.oas.org/basicos/portugues/b.declaracao\\_americana.htm](http://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/b.declaracao_americana.htm). Acesso em 09 ago 2023.

situação avaliada *in loco* pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos, que desde 1996 dispõe de uma relatoria específica para monitorar o tratamento que as pessoas migrantes e suas famílias têm recebido nos Estados de destino.<sup>11</sup>

Merece referência, igualmente, o papel exercido pela Corte Interamericana de Direitos Humanos na temática migratória, tanto na esfera de sua competência consultiva como na de sua competência contenciosa. Diversos casos relativos aos direitos humanos dos migrantes foram objeto de pareceres<sup>12</sup> e de condenações<sup>13</sup> pela Corte, cujos pronunciamentos devem servir de parâmetro para todos os países – e, conseqüentemente, seus poderes instituídos – que compõem o Sistema Interamericano de Direitos Humanos.

No tratamento de migrantes ao longo da história do Brasil, observa-se um movimento dialético, de incentivo às migrações internacionais em determinados períodos, como nos momentos de colonização, em que estrangeiros eram necessários para o povoamento e o cultivo das terras, e de restrição em outros, quando o

- 11 Nos Relatórios de 2010 e de 2013, sobre os Estados Unidos e o México, respectivamente, a Comissão constatou a detenção de migrantes em larga escala e propôs alternativas para melhorar a situação. *Informe sobre inmigración en Estados Unidos: detenciones y debido proceso*. Inter-American Commission on Human Rights. OEA documentos oficiales. ISBN 9780082700557907. Disponível em: [www.oas.org/es/cidh/migrantes/docs/pdf/Migrantes2011.pdf](http://www.oas.org/es/cidh/migrantes/docs/pdf/Migrantes2011.pdf). Acesso em 10 ago 2023. *Derechos humanos de los migrantes y otras personas en el contexto de la movilidad humana en México*. Preparado por la Relatoria sobre los Derechos de los Migrantes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. OEA/Ser.L/V/II. Doc. 48/13. 30 de diciembre 2013. Disponível em: [www.oas.org/es/cidh/migrantes/docs/pdf/Informe-Migrantes-Mexico-2013.pdf](http://www.oas.org/es/cidh/migrantes/docs/pdf/Informe-Migrantes-Mexico-2013.pdf). Acesso em 10 ago 2023. Em 2015, o Relatório “Refugiados e migrantes nos Estados Unidos: famílias e crianças não acompanhadas”, expressou a preocupação da Comissão com as crianças migrantes e recomendou que elas não sejam privadas de liberdade em qualquer circunstância. *Situación de derechos humanos de familias, niños, niñas y adolescentes no acompañados refugiados y migrantes en los Estados Unidos de América*. Comisión Interamericana de Derechos Humanos. OAS/Ser.L/V/II.155 Doc. 16. 24 julio 2015. Disponível em: [www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/Refugiados-Migrantes-EEUU.pdf](http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/Refugiados-Migrantes-EEUU.pdf). Acesso em 10 ago 2023.
- 12 Entre as opiniões consultivas, destacam-se: OC 16/99, acerca do direito à informação sobre assistência consular no âmbito das garantias do devido processo legal, OC 18/2003, sobre a condição jurídica e os direitos dos migrantes indocumentados e OC 21/2014, que trata da infância migrante. Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Parecer consultivo oc-16/99 de 1º de outubro de 1999*, solicitado pelos Estados Unidos Mexicanos sobre “O direito à informação sobre a assistência consular no marco das garantias do devido processo legal”. Disponível em: [www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea\\_16\\_por.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_16_por.pdf). Acesso em 10 ago 2023. Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Parecer consultivo oc-18/03 de 17 de setembro de 2003*, solicitado pelos Estados Unidos Mexicanos sobre a condição jurídica e os direitos dos migrantes indocumentados. Disponível em: [www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea\\_18\\_por.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_18_por.pdf). Acesso em 10 ago 2023. Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Parecer consultivo oc-21/14 de 19 de agosto de 2014* solicitado pela República Argentina, República Federativa do Brasil, República do Paraguai e República Oriental do Uruguai sobre direitos e garantias de crianças no contexto da migração e/ou em necessidade de proteção internacional. Disponível em: [www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea\\_21\\_por.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_21_por.pdf). Acesso em 10 ago 2023.
- 13 Quanto aos casos contenciosos, merecem menções os seguintes: *Yean Bosico vs. República Dominicana* (2005); *Caso Vélez Loor vs. Panamá* (2010); *Nadege Dorzema vs. República Dominicana* (2012); *Familia Pacheco vs. Bolívia* (2013); *Pessoas Dominicanas e Haitianas expulsas vs. República Dominicana* (2014). Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso das Crianças Yean e Bosico Vs. República Dominicana*. Sentença de 8 de setembro de 2005. Disponível em: [www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_130\\_por.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_130_por.pdf). Acesso em 10 ago 2023. Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Vélez Loor vs. Panamá*. Sentença de 23 de novembro de 2010. Disponível em: [www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_218\\_por.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_218_por.pdf). Acesso em 10 ago 2023. Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Nadege Dorzema e outros vs. República Dominicana*. Sentença de 24 de outubro de 2012. Disponível em: [www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_251\\_por.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_251_por.pdf). Acesso em 10 ago 2023. Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Familia Pacheco Tineo vs. Estado Plurinacional de Bolívia*. Sentença de 25 de novembro de 2013. Disponível em: [www.corteidh.or.cr/tablas/fichas/pachecotineo.pdf](http://www.corteidh.or.cr/tablas/fichas/pachecotineo.pdf). Acesso em 10 ago 2023. Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso de Personas Dominicanas y Haitianas Expulsadas vs. República Dominicana*. Sentença de 28 de agosto de 2014. Disponível em: [www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_282\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_282_esp.pdf). Acesso em 10 ago 2023.

estrangeiro passou a ser visto como anarquista, perturbador da ordem pública e nocivo ao interesse nacional.<sup>14</sup> De qualquer sorte, em 1980 foi promulgada a Lei n. 6.815, que definia a situação jurídica do estrangeiro no Estado brasileiro.

Elaborada em período ditatorial, a legislação, embora excludente, discriminatória e restritiva em relação aos direitos dos migrantes que se encontravam no país,<sup>15</sup> vigorou por 37 anos, até sua expressa e total revogação, em 2017, pela Lei n. 13.445 – a Lei de Migração. A nova lei, por sua vez, trouxe uma perspectiva mais contemporânea referente ao tratamento jurídico das migrações, em sinergia fina com os princípios constitucionais consagrados em 1988 e com a normativa internacional protetiva dos migrantes.<sup>16</sup>

A construção de uma política migratória democrática no país, todavia, se viu ameaçada pela entrada em vigor do decreto executivo n. 9.199, de 2017, responsável pela regulamentação da Lei de Migração. Críticas severas foram apontadas ao texto do decreto, que foi acusado de desvirtuar o sentido da lei, de apresentar lacunas e de, até mesmo, contrariar a lei ao prever a prisão de migrantes devido à sua condição migratória.<sup>17</sup>

Há que se observar, ainda, acerca das perspectivas legislativas voltadas aos migrantes que residem no país – e que se viram diante de desafios ainda maiores relacionados ao acesso pleno, integral e sem obstáculos burocráticos à saúde, aos benefícios socioassistenciais, ao trabalho, à educação e à moradia por conta da pandemia de Covid 19 – que elas não são promissoras. O projeto de lei 5326/2019, ao qual foram apensados os projetos de lei 6119/2019, 6359/2019, 305/2020, 719/2022, 25/2023 e 3042/2023, pretende alterar a Lei de Migração sob a justificativa de trazer mais segurança jurídica acerca das medidas de retirada compulsória e de impedimento de ingresso no território nacional, porém, uma leitura crítica

14 Moraes faz uma relação entre política migratória e política criminal no Brasil desde o século XIX, com ênfase no período ditatorial iniciado em 1964, em que mostra a perseguição contra a entrada dos estrangeiros indesejáveis no território brasileiro. MORAES, Ana Luísa Zago de. *Criminologia: a relação entre política migratória e política criminal no Brasil*. São Paulo: IBCCRIM, 2016.

15 “No caso das ditaduras civis-militares de segurança nacional que assolaram o continente latino americano nas décadas de 60 a 80 do século passado tanto os nacionais como os estrangeiros que coubessem no alargado rótulo de “subversivos” sofriam contra si o andamento de uma política sistemática de perseguição e eliminação gerada pelos governos de força. Nesse sentido, havia uma indistinção entre nacionais e estrangeiros, mas estes, porém, pela sua condição vulnerável, atraíam fórmulas e procedimentos ainda mais autoritários, como os atos expulsórios perpétuos, que mesmo após um processo de transição política rumo à democracia e a implementação de leis de anistia, continuaram sendo válidos.” MORAES, Ana Luísa Zago; SILVA FILHO, José Carlos Moreira. A cidadania como dispositivo de segurança: por uma justiça de transição em matéria de migrações. *Revista Direito e Práxis*, Rio de Janeiro, v. 7 n. 4, p. 96-134, 2016. p. 99.

16 D'AVILA, Caroline Dimuro Bender. Migrantes internacionais no Brasil: desafios e perspectivas no cenário pandêmico. *Rev. Estudos Legislativos*, Porto Alegre, n. especial, p. 117-131, 2021. p. 118-119.

17 RAMOS, André de Carvalho Ramos; RIOS, Aurelio; CLÈVE, Clèmerson; VENTURA, Deisy; GRANJA, João Guilherme; MORAIS, José Luis Bolzan de; PIRES JR., Paulo Abrão; DALLARI, Pedro B. de Abreu; REIS, Rossana Rocha; JARDIM, Tarciso Dal Maso; BERNER, Vanessa. Regulamento da nova Lei de Migração é contra *legem* e *praeter legem*. *Revista Consultor Jurídico*, 23 de novembro de 2017. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-nov-23/opiniao-regulamento-lei-migracao-praetem-legem>. Acesso em 27 nov 2020.

aponta para um retrocesso aos princípios humanitários dispostos na Lei de Migração e já mitigados pelo decreto regulamentador 9199/2017.

Embora os parâmetros internacionais protetivos dos direitos humanos dos migrantes tenham que ser observados internamente, as diretrizes universais e regionais não têm sido utilizadas para orientar as políticas migratórias nacionais. Neste aspecto, o grau de relevância que o Brasil tem concedido ao direito internacional não tem se mostrado compatível com as cláusulas de abertura previstas na Constituição de 1988, tampouco com os princípios, direitos, garantias e valores internacionais.

Além das preocupações relativas aos rumos das políticas migratórias, não somente no território brasileiro – mas também em outros Estados – os migrantes se deparam com potenciais violações de direitos no controle a que são submetidos nas fronteiras devido à utilização de tecnologias baseadas em algoritmos. Em razão do sistema de coleta massiva de dados, informações pessoais são produzidas arbitrariamente para a fins de construção de um perfil (técnica do *profiling*), que servirá de base para a aprovação ou a rejeição de sua solicitação de ingresso no país de destino, sem transparência e com sérios riscos para os direitos de liberdade, de privacidade, inclusive com relação às afetações ao direito à proteção de dados e ao direito de acesso à justiça, dentre outros.<sup>18</sup> No tocante às migrações forçadas, ainda existe maior vulnerabilidade das pessoas em face das decisões geradas pela automação da migração no contexto atual.

A Lei 13.445/2017 (Lei de Migração) prevê no seu artigo 4, XIII, “o direito de acesso à informação e garantia de confidencialidade quanto aos dados pessoais do migrante, nos termos da Lei n. 12.527, de 18 de novembro de 2011”. Porém, existe uma lacuna normativa no que diz respeito ao tratamento de dados nos processos migratórios, principalmente na questão da segurança pública e da segurança nacional. Nesse sentido, mediante o incremento do emprego de tecnologias de inteligência artificial no que toca à questão migratória, importa esclarecer mais e melhor a atuação do Estado brasileiro. Para tanto, urge estabelecer uma agenda no parlamento brasileiro para a análise e discussão do anteprojeto da LGPD penal.

### **3 Inteligência Artificial e controle migratório**

Grassa a falta de consenso quanto à definição de IA, sendo oportuno destacar que se trata de um termo guarda-chuva que, por sua vez, permite abrigar diversas ferramentas tecnológicas baseadas em algoritmos que, em suma, enquanto

18 REIMANNPATZ, Stéfani.; COVATTIPIAIA, Thami. Vigilância, perfilamento e tratamento de dados pessoais no contexto do controle migratório. *Direito Público*, [S. l.], v. 18, n. 100, 2022. DOI: 10.11117/rdp.v18i100.5999. Disponível em: <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/view/5999>. Acesso em: 23 mar. 2022. p. 697.

são alimentadas por grandes quantidades de dados, tornam-se factíveis em função do atual estágio de capacidade computacional.<sup>19</sup> IA, de mais a mais, consiste em uma terminologia que vem, atualmente, perdendo um pouco da sua utilização no âmbito das ciências da computação, vez que têm se intensificado as distinções entre as suas diferentes expressões. Referente ao atual estado da arte, interessa apontar a tendência à transformação dos Estados analógicos em Estados digitais, os quais se caracterizam pela sobreposição de camadas de tecnologia, pela digitalização na oferta e na prestação de serviços públicos, pela plataformação e, desta forma, pela coleta excessiva de dados pessoais, tanto dos nacionais quanto dos migrantes.<sup>20</sup> Não se deve olvidar que o emprego de tecnologias de inteligência artificial, notadamente, *machine learning*, ganha em sentido no que se refere aos processos de tomada de decisão em termos de acurácia e de previsibilidade em uma espécie de tendência sem retorno.

No âmbito da União Europeia (UE), não é recente o interesse na utilização de tecnologia avançada com a finalidade de controlar e gerenciar a migração. Todavia, tal tendência tem se acentuado nos últimos anos com o desenvolvimento de tecnologias que incluem sistemas automatizados de decisão para o processamento dos pedidos de visto e para avaliar, por meio da criação de perfis com base em bancos de dados da UE, os potenciais riscos que um indivíduo representa para a segurança, para a saúde ou para a imigração irregular. Entre outros usos da IA na temática migratória, podem ser citados robôs autônomos e drones no controle de fronteiras, sistemas de análise preditiva e identificação biométrica.<sup>21</sup>

Pode-se dizer que a tecnologia, por um lado, tem o condão de contribuir para a gestão – supostamente célere, imparcial e precisa – da migração nos países de destino e de apoiar a tomada de decisões essenciais para a segurança do Estado e dos migrantes que procuram acolhida. Ainda, as pessoas em situação de mobilidade se beneficiam de diferentes formas da tecnologia, a exemplo da geolocalização em tempo real, da doação de criptomoedas, do combate a *fake news* e aos apagões da internet e das estadias gratuitas por meio de empresas de locação temporária de imóveis *on line*. Entretanto, por outro lado, o uso da tecnologia, indiscriminadamente, no controle migratório, também tem o potencial de impactar negativamente na proteção dos direitos humanos e fundamentais – especialmente

19 COZMAN, Fabio G.; NERI, Hugo. O que, afinal, é Inteligência Artificial? In: COZMAN, Fabio G.; PLONSKI, Guilherme Ary; NERI, Hugo. (Orgs.) *Inteligência artificial* [livro eletrônico]: avanços e tendências. p. 21-29. São Paulo: Instituto de Estudos Avançados, 2021. Disponível em: [www.livrosabertos.sibi.usp.br/portaldelivrosUSP/catalog/download/650/579/2181?inline=1](http://www.livrosabertos.sibi.usp.br/portaldelivrosUSP/catalog/download/650/579/2181?inline=1). Acesso em 14 ago 2023.

20 D'AVILA, Caroline Dimuro Bender. E-Estado e divisão digital no Brasil. In: SARLET, Gabrielle Bezerra; D'Avila, Caroline Dimuro Bender; BERNASIUK, Helen Lentz Ribeiro (Orgs.) *Direito, ciência e tecnologia* [recurso eletrônico]. p. 19-42. Porto Alegre: Editora Fundação Fênix, 2023. p.20-27.

21 *Uses of AI in migration and border control: A fundamental rights approach to the Artificial Intelligence Act*. Disponível em: [www.edri.org/wp-content/uploads/2022/05/Migration\\_2-pager-02052022-for-online.pdf](http://www.edri.org/wp-content/uploads/2022/05/Migration_2-pager-02052022-for-online.pdf). Acesso em 14 ago 2023.

na violação do princípio da não discriminação, do direito ao livre desenvolvimento da personalidade, da proteção de dados pessoais e do direito à privacidade – e de se converter em uma ferramenta sutil e pervasiva de vigilância e de opressão.<sup>22</sup>

Sob o título “*Making Migration and Integration Policies Future Ready*”,<sup>23</sup> uma reunião Ministerial da Organisation for Economic Co-operation and Development (OECD) que ocorreu em janeiro de 2020 em Paris abordou, entre outros temas, as implicações dos avanços tecnológicos na seleção de migrantes. Para a instituição, tendo a seu dispor um grande acervo de dados pessoais, os Estados, em 2035, poderão fazer estimativas altamente eficazes do potencial de integração do indivíduo à sociedade e calcular a probabilidade daquela pessoa praticar um crime, adoecer ou aprender um idioma, por exemplo. A depender do perfil traçado pelo sistema, o migrante será considerado indesejável. Entre os sinais que indicam esse caminho, o relatório cita o uso de *big data* e, sobretudo, de dados pessoais para a avaliação de riscos de segurança no processamento de vistos, como no Reino Unido, no Canadá e nos Estados Unidos. Já a Suíça está em fase de teste de um sistema que usa aprendizado de máquina com o objetivo de melhorar os resultados da integração dos refugiados no mercado de trabalho, de acordo com as características do indivíduo e dos locais de reassentamento.<sup>24</sup>

Convém lembrar que, autoridades de países, como Áustria, Alemanha, Dinamarca, Noruega, Suécia e Holanda, tem, e.g., se investido de autoridade para apreender dispositivos eletrônicos e acessar as redes sociais de requerentes de asilo que não podem ou não querem apresentar documentação para confirmar a sua identidade.<sup>25</sup> À medida que a vigilância se torna mais avançada, os países conseguem, cada vez mais, monitorar os migrantes, com base nas suas finanças pessoais, nos registros de saúde e, de modo geral, por meio do controle e monitoramento das atividades *on line*. Ou seja, os migrantes tornam-se *digitally transparent* e a migração irregular se torna facilmente identificável.<sup>26</sup>

22 BARBOSA, Lutiana; MACEDO, Gustavo. *Ética e Inteligência Artificial: migração*. Disponível em: [www.boletimlunova.org/etica-e-inteligencia-artificial-migracao/](http://www.boletimlunova.org/etica-e-inteligencia-artificial-migracao/). Acesso em 15 ago 2023.

23 OECD. *Towards 2035 STRATEGIC FORESIGHT Making Migration and Integration Policies Future Ready*. Disponível em: [www.oecd.org/migration/mig/migration-strategic-foresight.pdf](http://www.oecd.org/migration/mig/migration-strategic-foresight.pdf). Acesso em 14 ago 2023. p. 2-3.

24 OECD. *Towards 2035 STRATEGIC FORESIGHT Making Migration and Integration Policies Future Ready*. Disponível em: [www.oecd.org/migration/mig/migration-strategic-foresight.pdf](http://www.oecd.org/migration/mig/migration-strategic-foresight.pdf). Acesso em 14 ago 2023. p. 12.

25 OECD. *Towards 2035 STRATEGIC FORESIGHT Making Migration and Integration Policies Future Ready*. Disponível em: [www.oecd.org/migration/mig/migration-strategic-foresight.pdf](http://www.oecd.org/migration/mig/migration-strategic-foresight.pdf). Acesso em 14 ago 2023. p. 14.

26 OECD. *Towards 2035 STRATEGIC FORESIGHT Making Migration and Integration Policies Future Ready*. Disponível em: [www.oecd.org/migration/mig/migration-strategic-foresight.pdf](http://www.oecd.org/migration/mig/migration-strategic-foresight.pdf). Acesso em 14 ago 2023. p. 30.



Nas recomendações contidas no relatório, está bem claro que os Estados devem aproveitar ao máximo o potencial do *big data* e, em razão disso, da tecnologia pautada em algoritmos, contudo, a construção dos sistemas de migração necessita ser robusta, confiável, segura, transparente e fácil de explicar, de entender e de justificar. Destaque-se que assegurar o direito de explicação e de oposição torna-se o elemento nuclear nessa engenharia informacional e prática de atuação estatal, afastando o uso de confluências algorítmicas opacas e inexplicáveis. Ademais, os Estados devem evitar basear suas decisões no contexto das migrações exclusivamente em algoritmos e em IA. Na medida de assegurar a centralidade, um ser humano sempre deve ser responsável por decisões finais que afetem de modo relevante os seres humanos. Por fim e não menos primordial, em face da observância dos direitos humanos e fundamentais, a proteção de dados pessoais e a privacidade não podem ser descuidadas.<sup>27</sup>

Na América Latina também existe o emprego de tecnologias na área migratória, a exemplo dos programas brasileiro e uruguaio na Área de Tríplice Fronteira (ATF), região que divide Brasil, Argentina e Paraguai. O programa Muralha Inteligente, do governo brasileiro, visa combater o contrabando, a fraude e o tráfico de drogas e de armas em Foz do Iguaçu. Com um investimento de aproximadamente 19 milhões de reais, o programa prevê uma rede de drones, *scanners* de alta precisão para verificar as cargas dos caminhões e câmeras com tecnologia de última geração para identificar as placas dos veículos.<sup>28</sup> Trata-se de uma ramificação do *Fronteira Tech*, um projeto entre a Agência Brasileira de Desenvolvimento Industrial (ABDI), a Alfândega da Receita Federal e o Instituto de Desenvolvimento Tecnológico (INDT) para o monitoramento inteligente da Ponte da Amizade entre Brasil e Paraguai.<sup>29</sup>

No Paraguai, o Sistema Migratório Automatizado para Reconhecimento Facial (SMARF) começou a ser utilizado em 2020 com a finalidade de registrar as pessoas que ultrapassam as fronteiras do país, por meio do processo de auto registro migratório. Inicialmente implementado na Tríplice Fronteira, foi transferido em alguns meses para o Aeroporto Internacional Silvio Pettirossi.<sup>30</sup>

27 OECD. *Towards 2035 STRATEGIC FORESIGHT Making Migration and Integration Policies Future Ready*. Disponível em: [www.oecd.org/migration/mig/migration-strategic-foresight.pdf](http://www.oecd.org/migration/mig/migration-strategic-foresight.pdf). Acesso em 14 ago 2023. p. 4.

28 *Muralha Inteligente: Itaipu vai investir cerca de R\$ 19 milhões em tecnologia para segurança da fronteira*. Disponível em: [www.itaipu.gov.br/sala-de-imprensa/noticia/muralha-inteligente-itaipu-vai-investir-cerca-de-r-19-milhoes-em-tecnologia](http://www.itaipu.gov.br/sala-de-imprensa/noticia/muralha-inteligente-itaipu-vai-investir-cerca-de-r-19-milhoes-em-tecnologia). Acesso em 14 ago 2023.

29 *Ponte da Amizade ganha sistema de monitoramento inteligente*. Disponível em: [www.abdi.com.br/postagem/ponte-da-amizade-ganha-sistema-de-monitoramentointeligente](http://www.abdi.com.br/postagem/ponte-da-amizade-ganha-sistema-de-monitoramentointeligente). Acesso em 14 ago 2023.

30 *Sistema de reconhecimento facial se implementa en puesto migratorio del Aeropuerto Silvio Pettirossi*. Disponível em: [www.ip.gov.py/ip/sistema-de-reconocimiento-facial-se-implementa-en-puesto-migratorio-del-aeropuerto-silvio-pettirossi/](http://www.ip.gov.py/ip/sistema-de-reconocimiento-facial-se-implementa-en-puesto-migratorio-del-aeropuerto-silvio-pettirossi/). Acesso em 30 mar 2023.

Em relatório produzido pela Associação Data Privacy Brasil de Pesquisa e pela Organização não governamental *Tecnología & Derechos Humanos* (TEDIC) ficou evidenciado que os países consideram a eficiência um valor absoluto quando o assunto é o controle de fronteiras por meio de soluções tecnológicas, tanto que nos dois programas mencionados não foram elaboradas Avaliações de Impacto Algorítmico<sup>31</sup> em Direitos Humanos (AIDH) nem políticas de privacidade.<sup>32</sup>

Conforme o relatório, muitas vezes, a resistência à crescente adoção de programas automatizados de segurança pública se dá pela utilização do litígio estratégico. A TEDIC, por exemplo, ajuizou uma ação de inconstitucionalidade em Assunção para obter informações sobre o sistema de tecnologia biométrica que o Ministério de Interior e Polícia Nacional utilizam desde 2018. Sob a justificativa de sigilo, não foram esclarecidas questões importantes, como: se houve avaliação das taxas de erro do algoritmo utilizado e do impacto nos direitos humanos e fundamentais; qual a finalidade e ciclo de vida do sistema; e detalhes sobre o processamento e compartilhamento de dados pessoais.

Em Buenos Aires, a *Asociación por los Derechos Civiles* (ADC) ajuizou ação contra o governo devido à adoção do Sistema de Reconhecimento Facial de Fugitivos (SRF), que compara fotos de pessoas procuradas com imagens ao vivo de câmeras instaladas em vias públicas. O sistema acabou sendo suspenso por decisão judicial em sede de mandado de segurança coletivo impetrado pelo *Observatorio de Derecho Informático Argentino* (ODIA).<sup>33</sup>

Uma nova plataforma de videomonitoramento, denominada *Smart Sampa*, está sendo implementada na capital paulista. Até 2024, o sistema pretende integrar mais de 20 mil câmeras com o objetivo de melhorar a prestação dos serviços da Guarda Civil Metropolitana e dos demais órgãos de segurança em geral, com o monitoramento de ocorrências em tempo real. Por meio de tecnologia de biometria facial e detecção de movimento é possível reconhecer atitudes suspeitas, pessoas procuradas e placas de veículos. As câmeras serão instaladas em locais próximos às Unidades Básicas de Saúde, às escolas, aos parques, aos locais com

31 Conforme o Laboratório de Políticas Públicas e Internet (LAPIN), “a Avaliação de Impacto Algorítmico (AIA) é vista como um instrumento de governança que possibilita ao desenvolvedor ou aplicador da tecnologia identificar e reduzir possíveis riscos que determinado sistema de IA possa causar aos direitos fundamentais.” LEMOS, Alessandra; BUARQUE, Gabriela; SOARES, Ingrid; MULIN, Victor; CHIAVONE, Tayrone. *Avaliação de Impacto Algorítmico para a proteção dos direitos fundamentais*. Relatório. Brasília: Laboratório de Políticas Públicas e Internet, 2023. Disponível em: [lapin.org.br](http://lapin.org.br). Acesso em: 14 ago 2023. p. 6.

32 SECAF, Helena; CARRILLO, Eduardo; PASCHOALINI, Nathan. *Tecnologias e Direitos Humanos na Área da Tríplice Fronteira: um estudo exploratório sobre os programas Muralha Inteligente (Brasil) e Sistema Migratório Automatizado para Reconhecimento Facial (Paraguai)*. Associação Data Privacy Brasil de Pesquisa; TEDIC, 2023. p. 51-53.

33 SECAF, Helena; CARRILLO, Eduardo; PASCHOALINI, Nathan. *Tecnologias e Direitos Humanos na Área da Tríplice Fronteira: um estudo exploratório sobre os programas Muralha Inteligente (Brasil) e Sistema Migratório Automatizado para Reconhecimento Facial (Paraguai)*. Associação Data Privacy Brasil de Pesquisa; TEDIC, 2023. p. 14-16.

grande circulação de pessoas e a locais com maior incidência de criminalidade.<sup>34</sup> Em julho de 2023, várias entidades – como IDEC (Instituto Brasileiro de Defesa ao Consumidor) – que se posicionam contra a utilização de tecnologias de reconhecimento facial no âmbito da segurança pública se manifestaram na frente da sede da Prefeitura de São Paulo, com frases como “Respeitem nossos direitos”, “O *Smart Sampa* é ilegal” e “Chega de vigilância invasiva”. Para as mais de 50 organizações que participaram da manifestação, as tecnologias de reconhecimento facial têm o potencial de aumentar o racismo e de violar diversos direitos, tais como a liberdade de expressão, de locomoção e de reunião, à presunção de inocência, à privacidade e à não discriminação.<sup>35</sup>

Apesar da suspensão, por duas vezes, do processo de licitação do projeto *Smart Sampa*, por decisão do Tribunal de Contas do Município (TCM), em dezembro de 2022, e por decisão da Justiça de São Paulo em sede de ação popular, em 18 de maio de 2023,<sup>36</sup> a liberação acabou sendo feita, tanto pelo TCM, em abril de 2023, como pela 3ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, no dia 23 maio do mesmo ano. A prefeitura apresentou nova versão do edital, com o aprimoramento de questões técnicas e com o acréscimo dos seguintes anexos “Política de Segurança da Informação, Segurança Cibernética e Integridade e Ética” e “Relatório sobre o Impacto de Proteção de Dados Pessoais”, para esclarecer dúvidas, mitigar os riscos de discriminação em relação às populações mais vulneráveis – como negros e transgêneros – e refinar a proteção de dados.<sup>37</sup> Ainda assim, a controvérsia acerca da segurança do sistema contra eventuais erros no reconhecimento facial, principalmente no caso de mulheres negras, permanece, já que aproximadamente 90% das pessoas presas no Rio de Janeiro com a utilização dessa tecnologia eram negras. Destaca-se, como outrora mencionado, a lacuna legislativa no tocante à aplicação da Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD) na esfera da segurança pública.<sup>38</sup>

34 *Prefeito assina contrato para o início do Smart Sampa, maior programa de videomonitoramento da cidade com até 40 mil câmeras*. Disponível em: [www.capital.sp.gov.br/noticia/prefeito-assina-contrato-para-o-inicio-do-smart-sampa-maior-programa-de-videomonitoramento-da-cidade-com-ate-40-mil-cameras-2](http://www.capital.sp.gov.br/noticia/prefeito-assina-contrato-para-o-inicio-do-smart-sampa-maior-programa-de-videomonitoramento-da-cidade-com-ate-40-mil-cameras-2). Acesso em 22 ago 2023.

35 URUPÁ, Marcos. *Entidades protestam contra reconhecimento facial no programa Smart Sampa*. 13/07/2023. Disponível em: [www.teletime.com.br/13/07/2023/entidades-protestam-contra-reconhecimento-facial-no-programa-smart-sampa/](http://www.teletime.com.br/13/07/2023/entidades-protestam-contra-reconhecimento-facial-no-programa-smart-sampa/). Acesso em 22 ago 2023.

36 Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. 3ª Vara de Fazenda Pública. Processo nº: 1027876-45.2023.8.26.0053 - Ação Popular. Disponível em: [www.migalhas.com.br/arquivos/2023/5/02F4930DF8E75\\_decisao-smart-sampa.pdf](http://www.migalhas.com.br/arquivos/2023/5/02F4930DF8E75_decisao-smart-sampa.pdf). Acesso em 22 ago 2023.

37 MELLO, Daniel. *Justiça libera edital de câmeras com reconhecimento facial em SP*. Publicado em 23/05/2023. Disponível em: [www.agenciabrasil.ebc.com.br/justica/noticia/2023-05/justica-libera-edital-de-cameras-com-reconhecimento-facial-em-sp](http://www.agenciabrasil.ebc.com.br/justica/noticia/2023-05/justica-libera-edital-de-cameras-com-reconhecimento-facial-em-sp). Acesso em 22 ago 2023.

38 TAVEIRA, Isadora Verardo. *“Smart Sampa”, o polêmico projeto de IA para SP: Programa da gestão Ricardo Nunes (MDB) prevê a instalação de 20 mil câmeras na cidade de São Paulo*. 06/06/2023. Disponível em: [agemt.pucsp.br/noticias/smart-sampa-o-polemico-projeto-de-ia-para-sp](http://agemt.pucsp.br/noticias/smart-sampa-o-polemico-projeto-de-ia-para-sp). Acesso em 23 ago 2023.

Nesse contexto de utilização de tecnologia avançada para vigilância em massa e para controlar as migrações internacionais, cabe refletir sobre um tema que, certamente, é impactado por essas mudanças na área migratória: a criminalização dos migrantes. A tensão entre a proteção dos direitos dos migrantes e a proteção das fronteiras territoriais tem resultado em um crescimento da criminalização, da violência e da militarização nas fronteiras. Importante lembrar que, em síntese, consiste em um outro capítulo da criminalização da pobreza que, infelizmente, é a regra no cenário brasileiro.

#### 4 Criminalização dos migrantes: análise crítica sobre a política do inimigo

Globalização consiste na palavra de ordem das sociedades ocidentais contemporâneas. O tratamento dos não nacionais como “inimigos” não encontra base na multiculturalidade inerente à configuração atual da sociedade internacional. No entanto, especialmente após os atentados terroristas de 11 de setembro de 2001 e com ressurgimento da exacerbada xenofobia nos Estados Unidos, diversos Estados passaram a reforçar o controle das fronteiras sob o viés da segurança e da ordem nacionais, criando espaços de exceção que tiram do migrante a condição de sujeito político (apolitização) e o deixam à mercê das ações estatais.<sup>39</sup> Silva afirma que a construção – frisa-se, artificial – da identidade migratória como “inimigo” possui raízes diferentes em cada país. Nos Estados Unidos, v.g., a chamada Guerra contra o Terror valida a adoção de medidas que criminalizam a migração, com a aplicação indiscriminada do instituto da deportação, da expulsão e da detenção (sem limitação temporal) dos suspeitos de atos terroristas, como o *USA Patriot Act*, lei de 2001.<sup>40</sup>

*Criminologia* ou *criminologia da mobilidade* são termos utilizados para designar a criminalização das migrações, em especial de extratos pobres e miseráveis da população mundial, o que inclui a criminalização do próprio ato de migrar, como também a extensa relação entre política criminal e migratória. Para exemplificar esta relação, Moraes traz a dupla possibilidade de punição de um indivíduo – pela prática da mesma conduta – tanto pela legislação penal quanto pela migratória: prisão criminal e expulsão ou deportação.<sup>41</sup>

39 SILVA, Bianca Guimarães. Quem é o outro? Reflexões sobre a construção de um estado de exceção para migrantes por meio da securitização das fronteiras e da política do inimigo. In: SILVA, Eliane Cristina da; PEREIRA, Márcio José; NEVES, Ozias Paese. *O estatuto da vida em tempos de exceção*. Maringá: Edições Diálogos, 2021. p. 19-21.

40 SILVA, Bianca Guimarães. Quem é o outro? Reflexões sobre a construção de um estado de exceção para migrantes por meio da securitização das fronteiras e da política do inimigo. In: SILVA, Eliane Cristina da; PEREIRA, Márcio José; NEVES, Ozias Paese. *O estatuto da vida em tempos de exceção*. Maringá: Edições Diálogos, 2021. p. 21.

41 MORAES, Ana Luísa Zago. Migrações forçadas e o princípio da não criminalização. DUTRA, Cristiane Feldmann; PEREIRA, Gustavo de Lima. (Orgs.). *Direitos humanos e xenofobia: violência internacional no contexto dos imigrantes e refugiados*. p. 19-45. 1.ed. Curitiba: Editora Prismas, 2017. p. 24-26.

Muitas vezes governos responsabilizam os migrantes pelos seus *déficits* na área econômica e da segurança pública e pelo desemprego. E, portanto, sentem-se legitimados – com o apoio de grupos xenófobos e preconceituosos – a implementar programas de restrição de entrada de estrangeiros e de expulsão dos migrantes indesejados. No governo Trump (2017-2021), os Estados Unidos restringiram a liberdade de locomoção e expulsaram, de forma sumária, imigrantes. Inglaterra, Áustria, Hungria, Itália e Austrália apontam para a mesma tendência. No âmbito da América Latina, Argentina e Chile adotam postura semelhante de políticas neoliberais de caráter securitário e xenófobo.<sup>42</sup>

Acerca do tratamento político-jurídico de migrantes no Brasil, sob uma perspectiva histórico-evolutiva, marcada por trezentos anos de escravidão e de tráfico negreiro, observa-se um movimento dialético, de incentivo às migrações internacionais em alguns momentos, como na época da colonização, em que estrangeiros eram indispensáveis para o povoamento e o cultivo das terras, e de restrição em outros, quando o estrangeiro passou a ser visto como anarquista, perturbador da ordem pública e nocivo ao interesse nacional.<sup>43</sup> Apesar da Constituição Federal de 1988 estabelecer, no Título I, entre os princípios fundamentais que orientam toda a ordem jurídica nacional, a *prevalência dos direitos humanos* (art. 4, II) e os objetivos de *construir uma sociedade livre, justa e solidária* (art. 3, I) e de *promover o bem de todos* (art. 3, III), e a *Lei de Migração*, de 2017, estabelecer entre os princípios da política migratória brasileira, a não criminalização da migração (art. 3º, III), o seu criticado e já mencionado decreto regulamentador (dec. n. 9199/17) abre margem para a securitização e a criminalização de migrantes. No artigo 211, o decreto prevê a possibilidade de prisão de migrantes em situação irregular, mediante representação do Delegado da Polícia Federal, enquanto aguardam a expulsão. Ademais, o decreto n. 8903, de 2016, institui, conforme o seu artigo 1º, “o Programa de Proteção Integrada de Fronteiras - PPIF, para o fortalecimento da prevenção, do controle, da fiscalização e da repressão aos delitos transfronteiriços”.

Expõe-se os migrantes à violação de direitos quando se considera a irregularidade migratória como crime, tendo em vista que tal abordagem os leva à marginalização e prejudica a sua inserção social, cultural e trabalhista no país de destino, bem como o acesso aos serviços públicos básicos. Nesse contexto, cabe ressaltar os casos de migrantes em condições análogas à escravidão no Brasil,<sup>44</sup> fato que indica

42 PEREIRA, José Carlos. Direitos humanos, securitização e criminalização de migrantes: esquizofrenia nas políticas de acolhimento. *TRAVESSIA - Revista do Migrante*, Ano XXXI, nº 83, Maio-Agosto, 2018, p. 3-10.

43 Moraes faz uma relação entre política migratória e política criminal no Brasil desde o século XIX, com ênfase no período ditatorial iniciado em 1964, em que mostra a perseguição contra a entrada dos estrangeiros indesejáveis no território brasileiro. MORAES, Ana Luísa Zago de. *Criminalização: a relação entre política migratória e política criminal no Brasil*. São Paulo: IBCCRIM, 2016.

44 A grande maioria dos 898 trabalhadores resgatados na região metropolitana de São Paulo, desde 2010, era de estrangeiros, principalmente bolivianos e peruanos que trabalhavam no setor de confecções em condições

problemas na fiscalização do trabalho e na falta de alcance das políticas públicas para a proteção de estrangeiros em situação de vulnerabilidade.<sup>45</sup>

Pereira indica a contradição nas ações estatais: morosas, ineficientes e excessivamente burocráticas na prestação da acolhida humanitária (infraestrutura e assistência precárias) e ágeis e eficientes para criminalizar e expulsar migrantes, o que resulta, inclusive, no incentivo de atos de violência física<sup>46</sup> e moral<sup>47</sup> contra os estrangeiros por parte da sociedade.<sup>48</sup> Feldman-Bianco reforça esse argumento ao constatar as confluências e tensões entre migração e criminalidade ou entre direitos humanos, humanitarismo e securitização: ainda que preponderem discursos e ideais fundamentados nos direitos humanos, são construídas políticas de governança migratória, respaldadas por organizações internacionais intergovernamentais,<sup>49</sup> de viés tecnocrata de securitização, criminalização e, até mesmo, desumanização de determinados grupos, a exemplo de migrantes indocumentados e solicitantes de refúgio.<sup>50</sup>

---

degradantes. VILAS BOAS, Patricia; TALARICO, Paulo. *A Grande São Paulo tem imigrantes em trabalho análogo à escravidão*. 06/05/2021. Disponível em: [jornal.unesp.br/2021/05/06/a-grande-sao-paulo-tem-imigrantes-em-trabalho-analogo-a-escravidao/](http://jornal.unesp.br/2021/05/06/a-grande-sao-paulo-tem-imigrantes-em-trabalho-analogo-a-escravidao/). Acesso em 23 ago 2023. Argentinos foram encontrados em mata na serra gaúcha em condições insalubres: sem água potável, sem energia elétrica e sem acesso a sanitário. Os trabalhadores prestavam serviços em propriedade rural. Argentinos submetidos a trabalho escravo são resgatados no RS: vítimas trabalhavam no corte de lenha em Nova Petrópolis. Publicado em 02/04/2023. Agência Brasil. Brasília. Disponível em: [agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2023-04/argentinos-submetidos-trabalho-escravo-sao-resgatados-no-rs](http://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2023-04/argentinos-submetidos-trabalho-escravo-sao-resgatados-no-rs). Acesso em 23 ago 2023.

- 45 LUSI, Carmem. Políticas públicas e desigualdades na migração e refúgio. *Psicologia Usp*, [S.L.], v. 26, n. 2, p. 136-144, ago. 2015. FapUNIFESP (SciELO). <http://dx.doi.org/10.1590/0103-6564d20140014>.
- 46 O assassinato do jovem congolês Moïse Kabagambe, de forma extremamente violenta, ocorrido em janeiro de 2022, no Rio de Janeiro, por ter cobrado o pagamento de dois dias de serviço, mostra a intolerância, o preconceito e a violência a que migrantes estão sujeitos no Brasil. Entre um dos motivos para a ocorrência do crime, senadores apontam a ausência de políticas públicas de acolhimento no Brasil. Agência Senado. *Intolerância e falta de políticas estimulam violência contra imigrantes, aponta debate*. 08/02/2022. Disponível em: [www12.senado.leg.br/noticias/materias/2022/02/08/intolerancia-e-falta-de-politicas-estimulam-violencia-contra-imigrantes-aponta-debate](http://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2022/02/08/intolerancia-e-falta-de-politicas-estimulam-violencia-contra-imigrantes-aponta-debate). Acesso em 17 ago 2023.
- 47 Uma trabalhadora haitiana recebeu, por meio de decisão judicial, indenização pela prática de assédio moral e racial pelo gerente da empresa na qual trabalhava como auxiliar de serviços gerais. Na ação ajuizada, a trabalhadora afirmou que sofreu humilhação, discriminação e foi submetida a atividades mais pesadas que os demais colegas de trabalho. *Haitiana será indenizada por assédio moral e discriminação racial no trabalho*. Disponível em: [www.migalhas.com.br/quentes/332668/haitiana-sera-indenizada-por-assedio-moral-ediscri-minacao-racial-no-trabalho](http://www.migalhas.com.br/quentes/332668/haitiana-sera-indenizada-por-assedio-moral-ediscri-minacao-racial-no-trabalho). Acesso em 17 ago 2023.
- 48 PEREIRA, José Carlos. Direitos humanos, securitização e criminalização de migrantes: esquizofrenia nas políticas de acolhimento. *TRAVESSIA - Revista do Migrante*, Ano XXXI, nº 83, Maio-Agosto, 2018, p. 3-10.
- 49 Exemplificativamente, o *Protocolo Relativo à Prevenção, Repressão e Punição do Tráfico de Pessoas, em especial Mulheres e Crianças*, que entrou em vigor em 2004 e é um dos três documentos adicionais à *Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional*, também conhecida como *Convenção de Palermo*, inclina-se a enquadrar as vítimas de tráfico humano, ao mesmo tempo, em duas categorias: vítimas e migrantes indocumentados (passíveis, nesse último caso, à criminalização e à deportação). Decreto nº 5.017, de 12 de março de 2004. *Promulga o Protocolo Adicional à Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional Relativo à Prevenção, Repressão e Punição do Tráfico de Pessoas, em Especial Mulheres e Crianças*. Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2004/\\_decreto/d5017.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/_decreto/d5017.htm). Acesso em 22 ago 2023.
- 50 FELDMAN-BIANCO, Bela. O Brasil frente ao regime global de controle das migrações: Direitos humanos, securitização e violências. *TRAVESSIA - Revista do Migrante*, Ano XXXI, nº 83, p. 11-36, Maio-Agosto, 2018, p. 12-13.

Sob a justificativa de prevenção e de repressão ao tráfico internacional de drogas, ao terrorismo e ao tráfico de órgãos e de seres humanos, tanto no âmbito interno como no internacional, são adotadas políticas de defesa contra o “inimigo” externo. Observa-se, assim, a expansão do direito penal como uma ferramenta eficaz para o enfrentamento das migrações, notadamente no que toca às pessoas pobres e vulneráveis. O discurso da “segurança” – a partir da concepção de que a migração constitui uma “ameaça” e que o migrante é um “parasita social” ou “terrorista potencial”, portanto, um inimigo – tem pautado práticas duvidosas de gestão dos fluxos migratórios.

Na Europa, e.g., há uma atuação coordenada, cujos objetivos são: *a)* evitar que os migrantes deixem seus países de nacionalidade; *b)* impedir que os migrantes ultrapassem as fronteiras do território comunitário (com o auxílio de tecnologia de identificação de documentação falsa e da criação de bases de dados biométricos, entre outras medidas); *c)* expulsar ou forçar a sair os que tenham conseguido entrar.<sup>51</sup> Entre os exemplos de medidas podem ser citadas: *a)* a lei italiana que fixa multa de até 50 mil euros para embarcações que resgatarem migrantes, com o intuito de embarçar o apoio de Agências Humanitárias e Organizações Não-Governamentais que operam no salvamento no Mediterrâneo; *b)* a construção de muros nas fronteiras da Hungria; *c)* o financiamento do governo alemão para que migrantes retornem voluntariamente a seus países de origem;<sup>52</sup> *d)* o incremento da política de externalização de fronteiras, por meio de acordos entre a União Europeia e os países de trânsito de migrantes – como Turquia, Síria, Mauritânia, Líbia e Senegal – para conter essas pessoas em seus territórios, apesar das denúncias de várias instituições (Médicos Sem Fronteiras, Anistia Internacional, Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados (ACNUR) e Organização Internacional para as Migrações (OIM)) sobre as condições precárias e degradantes às quais os migrantes são submetidos nos centros de detenção na Turquia e na Líbia.<sup>53</sup>

Merece ser abordado, aqui, que a crise de refugiados, como tem sido chamados os fluxos migratórios em direção aos países europeus, autoriza a edificação de *novos campos de concentração*, na expressão utilizada por Monteiro, na Itália, na Grécia, na França e na Alemanha. Campos que não se confundem com os campos de concentração nazistas, que tinham como objetivo a dominação de grupos étnicos e onde os seres humanos eram submetidos à barbárie, mas que buscam um

51 WERMUTH, Maiquel Ângelo Dezordi. Direito penal, migrações e mixofobia na União Europeia. *Interscience Place*, [S.L.], v. 1, n. 31, p. 174-204, 23 dez. 2014. Interscience Place. <http://dx.doi.org/10.6020/1679-9844/3107>. p. 180-194.

52 *Alemanha aumenta deportações e reforça políticas migratórias*. 19/08/2023. Disponível em: [www.dw.com/pt-br/alemanha-aumenta-deportacoes-e-visa-reforcar-politicas-migratorias/a-66579790](http://www.dw.com/pt-br/alemanha-aumenta-deportacoes-e-visa-reforcar-politicas-migratorias/a-66579790). Acesso em 23 ago 2023.

53 MEDEIROS, Adriana de Carvalho. Reflexões sobre a “crise” dos migrantes/refugiados e a política de fronteiras na união europeia. *Revista SURES*, v. 1 n. 17, p. 4-18, (2021). Disponível em: [revistas.unila.edu.br/sures/article/view/3409/3005](http://revistas.unila.edu.br/sures/article/view/3409/3005). Acesso em 23 ago 2023. p. 14-16.

“Extermínio Pseudo-Democrata Lento”, nas palavras de Monteiro, já que a União Europeia se pauta pelo paradigma humanístico. Sob essa conjuntura adensam o racismo, a xenofobia, o nacionalismo, a intolerância religiosa e a insegurança quanto à capacidade da Europa de gerir a questão das migrações.<sup>54</sup>

Diante da contextualização das ameaças que os migrantes sofrem atualmente no que toca à garantia dos seus direitos humanos e fundamentais, em diferentes localidades do mundo, ainda há que se considerar a potencialização desses riscos com a aplicação de IA e sistemas automatizados no controle das fronteiras e na vigilância dos migrantes. Nesse sentido, tramita no Estado brasileiro o Projeto de Lei n. 2338/2023, oriundo do Senado Federal, que dispõe sobre o uso da Inteligência Artificial. Um estudo técnico elaborado pela Autoridade Nacional de Proteção de Dados (ANPD) sobre a proposta legislativa aponta que a inovação responsável é fundamental, sobretudo em sistemas de alto risco, como são considerados os sistemas de IA utilizados com a finalidade de “gestão da migração e controle de fronteiras” (Seção III, art. 17, XIV, do PL. 2338). O segundo capítulo do projeto de lei dedica-se aos direitos que as pessoas devem ter em qualquer contexto em que há interação entre ser humano e máquina, especialmente quando direitos e liberdades são afetados por uma decisão automatizada, a exemplo do direito à informação (art. 5, I), à contestação (art. 5, III) e à correção de vieses discriminatórios diretos, indiretos, ilegais ou abusivos (art. 5, V). Outro ponto de destaque refere-se aos princípios estabelecidos no projeto para o desenvolvimento, a implementação e o uso de sistemas de IA, em 12 incisos, dentre os quais cabe referir a transparência e a explicabilidade (art. 3, VI), a não discriminação (art. 3, IV) e a justiça, equidade e inclusão (art. 3, V).

O controle das fronteiras territoriais dos Estados e o monitoramento dos migrantes, com o auxílio de ferramentas tecnológicas avançadas, em um futuro próximo, permitirá rapidamente a identificação da migração em situação irregular, o que torna os estrangeiros ainda mais fragilizados pela intersecção entre a política criminal e a política migratória. Sujeitos, portanto, à privação de liberdade, à deportação e à expulsão, não obstante a existência de normas internas e internacionais de espírito humanitário. Por isso a necessidade de uma regulação de IA verdadeiramente centrada no ser humano e na sua dignidade.

## 5 Considerações Finais

Na sociedade digital, a tecnologia imprime mudanças na política e no sistema jurídico e social. Se, por um lado, os avanços tecnológicos e sua utilização em questões migratórias podem dar celeridade burocrática ao processo de entrada de

54 MONTEIRO, Luís. Migrações: uma tragédia humana que a Europa teima em não resolver. *Revista Europa*. ISSN 2184-755X. Vol. 1, nº 1 (2020), p. 57-71.



um migrante no Estado de destino, por outro lado, uma eventual falha no sistema, como a não identificação de uma pessoa ou sua identificação incorreta, pode causar discriminação e limitação de direitos. As pessoas atingidas por eventuais erros são, na grande maioria, aquelas que pertencem aos grupos vulneráveis e marginalizados. Ou seja, a tecnologia reproduz preconceitos preexistentes na sociedade e sua promessa de assegurar objetividade e imparcialidade vem fracassando.

O desenvolvimento da inteligência artificial e, especialmente, do aprendizado de máquina (sistemas baseados em algoritmos) para reproduzir no meio digital decisões semelhantes à do ser humano, associados à análise preditiva (que tem por objetivo identificar tendências e padrões de comportamento) deve encontrar, no âmbito jurídico – interno e internacional – limites e medidas para a adequação das novas possibilidades tecnológicas às liberdades individuais e coletivas e, em síntese, ao catálogo de direitos humanos e fundamentais. Constitui obrigação dos Estados assegurar os direitos humanos dos migrantes, que são amplamente tutelados em tratados internacionais, tanto a nível global quanto regional. Permitir a entrada de estrangeiros no território nacional, sob a perspectiva dos direitos humanos, especialmente em casos de emergência humanitária, consiste em um dever estatal e as eventuais restrições ao direito à liberdade de ir vir não podem ser discriminatórias e não podem impedir os indivíduos de solicitarem refúgio.

Desse modo, torna-se imprescindível que os sistemas de inteligência artificial tenham mais transparência e sejam pautados em parâmetros éticos desde o desenvolvimento para que as soluções tecnológicas consigam combater as desigualdades em vez de consolidá-las. Não é a tecnologia em si, é a forma como é operada que gera implicações negativas nos direitos humanos e fundamentais dos indivíduos. Por isso a importância do olhar interdisciplinar, de diferentes setores da sociedade e de uma regulação centrada no ser humano.

Considerando os exemplos de utilização de Inteligência Artificial na temática migratória em diferentes países e seu potencial de violar direitos humanos e as políticas globais e internas de governança migratória que apresentam como fundamento a securitização e a criminalização de migrantes, as pessoas em situação de mobilidade – especialmente as mais vulneráveis – se veem cada vez mais ameaçadas e desamparadas. Não raro o descumprimento das leis migratórias sai da esfera do direito civil e é alocado no âmbito das infrações criminais.

Nesse cenário desafiador sob tantos aspectos, espera-se que a centralidade da pessoa humana deixe de ser um fundamento meramente retórico das políticas e práticas adotadas para gerir os movimentos migratórios e que a regulação ética e comprometida da IA possa contribuir para a efetivação de direitos de todos os seres humanos. As desigualdades preexistentes na sociedade, sobretudo aquelas que recaem sobre os migrantes mais pobres, necessitam de uma abordagem am-

pla, o que perpassa pela educação, pela informação e pela solidificação de políticas de acolhimento, questão que não deveria ser assombrada pelas incertezas, pelas implicações e pelos riscos do uso da IA e das técnicas de reconhecimento facial no controle migratório.

### Referências bibliográficas

- Agência Senado. *Intolerância e falta de políticas estimulam violência contra imigrantes, aponta debate*. 08/02/2022. Disponível em: [www12.senado.leg.br/noticias/materias/2022/02/08/intolerancia-e-falta-de-politicas-estimulam-violencia-contra-imigrantes-aponta-debate](http://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2022/02/08/intolerancia-e-falta-de-politicas-estimulam-violencia-contra-imigrantes-aponta-debate). Acesso em 17 ago 2023.
- Alemanha aumenta deportações e reforça políticas migratórias. 19/08/2023. Disponível em: [www.dw.com/pt-br/alemanha-aumenta-deportacoes-e-visa-reforcar-politicas-migratorias/a-66579790](http://www.dw.com/pt-br/alemanha-aumenta-deportacoes-e-visa-reforcar-politicas-migratorias/a-66579790). Acesso em 23 ago 2023.
- Argentinos submetidos a trabalho escravo são resgatados no RS: vítimas trabalhavam no corte de lenha em Nova Petrópolis. Publicado em 02/04/2023. *Agência Brasil*. Brasília. Disponível em: [agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2023-04/argentinos-submetidos-trabalho-escravo-sao-resgatados-no-rs](http://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2023-04/argentinos-submetidos-trabalho-escravo-sao-resgatados-no-rs). Acesso em 23 ago 2023.
- Autoridade Nacional de Proteção de Dados. *Análise preliminar do Projeto de Lei nº 2338/2023, que dispõe sobre o uso da Inteligência Artificial*. Disponível em: [www.gov.br/anpd/pt-br/assuntos/noticias/analise-preliminar-do-pl-2338-2023-formatado-ascom.pdf](http://www.gov.br/anpd/pt-br/assuntos/noticias/analise-preliminar-do-pl-2338-2023-formatado-ascom.pdf). Acesso em 23 ago 2023.
- BARBOSA, Lutiana; MACEDO, Gustavo. *Ética e Inteligência Artificial: migração*. Disponível em: [www.boletimluanova.org/etica-e-inteligencia-artificial-migracao/](http://www.boletimluanova.org/etica-e-inteligencia-artificial-migracao/). Acesso em 15 ago 2023.
- Corte Interamericana de Direitos Humanos. *Caso das Crianças Yean e Bosico Vs. República Dominicana*. Sentença de 8 de setembro de 2005. Disponível em: [www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_130\\_por.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_130_por.pdf). Acesso em 10 ago 2023.
- Corte Interamericana de Direitos Humanos. *Caso de Personas Dominicanas y Haitianas Expulsadas vs. República Dominicana*. Sentença de 28 de agosto de 2014. Disponível em: [www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_282\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_282_esp.pdf). Acesso em 10 ago 2023.
- Corte Interamericana de Direitos Humanos. *Caso Familia Pacheco Tineo vs. Estado Plurinacional de Bolívia*. Sentença de 25 de novembro de 2013. Disponível em: [www.corteidh.or.cr/tablas/fichas/pachecotineo.pdf](http://www.corteidh.or.cr/tablas/fichas/pachecotineo.pdf). Acesso em 10 ago 2023.
- Corte Interamericana de Direitos Humanos. *Caso Nadege Dorzema e outros vs. República Dominicana*. Sentença de 24 de outubro de 2012. Disponível em: [www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_251\\_por.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_251_por.pdf). Acesso em 10 ago 2023.
- Corte Interamericana de Direitos Humanos. *Caso Vélez Loor vs. Panamá*. Sentença de 23 de novembro de 2010. Disponível em: [www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_218\\_por.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_218_por.pdf). Acesso em 10 ago 2023.
- Corte Interamericana de Direitos Humanos. *Parecer consultivo oc-16/99 de 1º de outubro de 1999, solicitado pelos Estados Unidos Mexicanos sobre "O direito à informação sobre a assistência consular no marco das garantias do devido processo legal"*. Disponível em: [www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea\\_16\\_por.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_16_por.pdf). Acesso em 10 ago 2023.
- Corte Interamericana de Direitos Humanos. *Parecer consultivo oc-18/03 de 17 de setembro de 2003, solicitado pelos Estados Unidos Mexicanos sobre a condição jurídica e os direitos dos migrantes indocumentados*. Disponível em: [www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea\\_18\\_por.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_18_por.pdf). Acesso em 10 ago 2023.
- Corte Interamericana de Direitos Humanos. *Parecer consultivo oc-21/14 de 19 de agosto de 2014 solicitado pela República Argentina, República Federativa do Brasil, República do Paraguai e República Oriental do Uruguai sobre direitos e garantias de crianças no contexto da migração e/ou em necessidade de proteção internacional*. Disponível em: [www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea\\_21\\_por.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_21_por.pdf). Acesso em 10 ago 2023.
- COZMAN, Fabio G.; NERI, Hugo. O que, afinal, é Inteligência Artificial? In: COZMAN, Fabio G.;

- PLONSKI, Guilherme Ary; NERI, Hugo. (Orgs.) *Inteligência artificial* [livro eletrônico]: avanços e tendências. p. 21-29. São Paulo: Instituto de Estudos Avançados, 2021. Disponível em: [www.livrosabertos.sibi.usp.br/portaldelivros\\_USP/catalog/download/650/579/2181?inline=1](http://www.livrosabertos.sibi.usp.br/portaldelivros_USP/catalog/download/650/579/2181?inline=1). Acesso em 14 ago 2023.
- D'AVILA, Caroline Dimuro Bender. E-Estado e divisão digital no Brasil. In: SARLET, Gabrielle Bezerra; D'Avila, Caroline Dimuro Bender; BERNASIUK, Helen Lentz Ribeiro (Orgs.) *Direito, ciência e tecnologia* [recurso eletrônico]. p. 19-42. Porto Alegre: Editora Fundação Fênix, 2023.
- D'AVILA, Caroline Dimuro Bender. Migrantes internacionais no Brasil: desafios e perspectivas no cenário pandêmico. *Rev. Estudos Legislativos*, Porto Alegre, n. especial, p. 117-131, 2021.
- Derechos humanos de los migrantes y otras personas en el contexto de la movilidad humana en México*. Preparado por la Relatoría sobre los Derechos de los Migrantes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. OEA/Ser.L/V/II. Doc. 48/13. 30 de diciembre 2013. Disponível em: [www.oas.org/es/cidh/migrantes/docs/pdf/Informe-Migrantes-Mexico-2013.pdf](http://www.oas.org/es/cidh/migrantes/docs/pdf/Informe-Migrantes-Mexico-2013.pdf). Acesso em 10 ago 2023.
- FARANI, Camila. *Computação afetiva: a evolução do aprendizado de máquinas*. Disponível em: [www.gazetadopovo.com.br/vozes/camila-farani/computacao-afetiva-a-evolucao-do-aprendizado-de-maquinas/](http://www.gazetadopovo.com.br/vozes/camila-farani/computacao-afetiva-a-evolucao-do-aprendizado-de-maquinas/). Acesso em 09 ago 2023.
- FELDMAN-BIANCO, Bela. O Brasil frente ao regime global de controle das migrações: Direitos humanos, securitização e violências. *TRAVESSIA - Revista do Migrante*, Ano XXXI, n° 83, p. 11-36, Maio-Agosto, 2018.
- Haitiana será indenizada por assédio moral e discriminação racial no trabalho*. Disponível em: [www.migalhas.com.br/quentes/332668/haitiana-sera-indenizada-por-assedio-moral-ediscri\\_minacao-racial-no-trabalho](http://www.migalhas.com.br/quentes/332668/haitiana-sera-indenizada-por-assedio-moral-ediscri_minacao-racial-no-trabalho). Acesso em 17 ago 2023.
- HOFFMANN-RIEM, Wolfgang. Big data e Inteligência Artificial: Desafios para o Direito. Tradução dos Professores Doutores, Gabrielle Bezerra Sales Sarlet e Carlos Alberto Molinaro. Revisão do Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet. *Revista Estudos Institucionais*, v. 6, n. 2, p. 431-506, maio/ago. 2020.
- Informe sobre inmigración en Estados Unidos: detenciones y debido proceso*. Inter-American Commission on Human Rights. OEA documentos oficiales. ISBN 978-0-8270-5579-7. Disponível em: [www.oas.org/es/cidh/migrantes/docs/pdf/Migrantes2011.pdf](http://www.oas.org/es/cidh/migrantes/docs/pdf/Migrantes2011.pdf). Acesso em 10 ago 2023.
- LEMOS, Alessandra; BUARQUE, Gabriela; SOARES, Ingrid; MULIN, Victor; CHIAVONE, Tayrone. *Avaliação de Impacto Algorítmico para a proteção dos direitos fundamentais*. Relatório. Brasília: Laboratório de Políticas Públicas e Internet, 2023. Disponível em: [lapin.org.br](http://lapin.org.br). Acesso em: 14 ago 2023.
- LUSSI, Carmem. Políticas públicas e desigualdades na migração e refúgio. *Psicologia USP*, [S.L.], v. 26, n. 2, p. 136-144, ago. 2015. FapUNIFESP (SciELO). <http://dx.doi.org/10.1590/0103-6564d20140014>.
- MEDEIROS, Adriana de Carvalho. Reflexões sobre a “crise” dos migrantes/refugiados e a política de fronteiras na união europeia. *Revista SURES*, v. 1 n. 17, p. 4-18, (2021). Disponível em: [revistas.unila.edu.br/sures/article/view/3409/3005](http://revistas.unila.edu.br/sures/article/view/3409/3005). Acesso em 23 ago 2023.
- MELLO, Daniel. *Justiça libera edital de câmeras com reconhecimento facial em SP*. Publicado em 23/05/2023. Disponível em: [www.agenciabrasil.etc.com.br/justica\\_noticia/2023-05/justica-libera-edital-de-cameras-com-reconhecimento-facial-em-sp](http://www.agenciabrasil.etc.com.br/justica_noticia/2023-05/justica-libera-edital-de-cameras-com-reconhecimento-facial-em-sp). Acesso em 22 ago 2023.
- MOLNAR, Petra; GILL, Lex. *Bots at the gate: a Human Rights analysis of automated decision-making in Canada's immigration and refugee system*. International Human Rights Program (Faculty of Law, University of Toronto) and the Citizen Lab (Munk School of Global Affairs and Public Policy, University of Toronto). Universidade de Toronto. Toronto. Canadá. 2018. Disponível em <https://citizenlab.ca/2018/09/bots-at-the-gate-human-rights-analysis-automated-decision-making-in-canadas-immigration-refugee-system/>. Acesso em 26 mar 2022.
- MONTEIRO, Luís. Migrações: uma tragédia humana que a Europa teima em não resolver. *Revista Europa*. ISSN 2184-755X. Vol. 1, n° 1 (2020), p. 57-71.
- MORAES, Ana Luísa Zago de. *Crimigração: a relação entre política migratória e política criminal no Brasil*. São Paulo: IBCCRIM, 2016.
- MORAES, Ana Luísa Zago. Migrações forçadas e o princípio da não criminalização. DUTRA, Cristiane Feldmann; PEREIRA, Gustavo de Lima. (Orgs.). *Direitos humanos e xenofobia: violência internacional no contexto dos imigrantes e refugiados*. p. 19-45. 1.ed. Curitiba: Editora Prisma, 2017.

- MORAES, Ana Luísa Zago; SILVA FILHO, José Carlos Moreira. A cidadania como dispositivo de segurança: por uma justiça de transição em matéria de migrações. *Revista Direito e Práxis*, Rio de Janeiro, v. 7 n. 4, p. 96-134, 2016.
- Muralha Inteligente*: Itaipu vai investir cerca de R\$ 19 milhões em tecnologia para segurança da fronteira. Disponível em: [www.itaipu.gov.br/sala-de-imprensa/noticia/muralha-inteligente-itaipu-vai-investir-cerca-de-r-19-milhoes-em-tecnologia](http://www.itaipu.gov.br/sala-de-imprensa/noticia/muralha-inteligente-itaipu-vai-investir-cerca-de-r-19-milhoes-em-tecnologia). Acesso em 14 ago 2023.
- OECD. *Towards 2035 STRATEGIC FORESIGHT Making Migration and Integration Policies Future Ready*. Disponível em: [www.oecd.org/migration/mig/migration-strategic-foresight.pdf](http://www.oecd.org/migration/mig/migration-strategic-foresight.pdf). Acesso em 14 ago 2023.
- PEREIRA, José Carlos. Direitos humanos, securitização e criminalização de migrantes: esquizofrenia nas políticas de acolhimento. *TRAVESSIA - Revista do Migrante*, Ano XXXI, nº 83, Maio-Agosto, 2018. p. 3-10.
- Poder Judiciário. *Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo*. Agravo de Instrumento. Processo nº 2079077-58.2022.8.26.0000. Relator(a): MARIA LAURA TAVARES Órgão Julgador: 5ª Câmara de Direito Público. Disponível em: [www.conjur.com.br/dl/reconhecimento-facial.pdf](http://www.conjur.com.br/dl/reconhecimento-facial.pdf). Acesso em 14 ago 2023.
- Ponte da Amizade ganha sistema de monitoramento inteligente*. Disponível em: [www.abdi.com.br/postagem/ponte-da-amizade-ganha-sistema-demonstracao-inteligente](http://www.abdi.com.br/postagem/ponte-da-amizade-ganha-sistema-demonstracao-inteligente). Acesso em 14 ago 2023.
- Prefeito assina contrato para o início do Smart Sampa, maior programa de videomonitoramento da cidade com até 40 mil câmeras*. Disponível em: [www.capital.sp.gov.br/noticia/prefeito-assina-contrato-para-o-inicio-do-smart-sampa-maior-programa-de-videomonitoramento-da-cidade-com-ate-40-mil-cameras-2](http://www.capital.sp.gov.br/noticia/prefeito-assina-contrato-para-o-inicio-do-smart-sampa-maior-programa-de-videomonitoramento-da-cidade-com-ate-40-mil-cameras-2). Acesso em 22 ago 2023.
- RAMOS, André de Carvalho Ramos; RIOS, Aurelio; CLÈVE, Clèmerson; VENTURA, Deisy; GRANJA, João Guilherme; MORAIS, José Luis Bolzan de; PIRES JR., Paulo Abrão; DALLARI, Pedro B. de Abreu; REIS, Rossana Rocha; JARDIM, Tarciso Dal Maso; BERNER, Vanessa. Regulamento da nova Lei de Migração é *contra legem e praeter legem*. *Revista Consultor Jurídico*, 23 de novembro de 2017. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-nov-23/opiniao-regulamento-lei-migracao-praetem-legem>. Acesso em 27 nov 2020.
- REIMANN PATZ, Stéfani.; COVATTI PIAIA, Thami. Vigilância, perfilamento e tratamento de dados pessoais no contexto do controle migratório. *Direito Público*, [S. l.], v. 18, n. 100, 2022. DOI: 10.11117/rdp.v18i100.5999. Disponível em: <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/view/5999>. Acesso em: 23 mar. 2022. p. 697.
- SARLET, Gabrielle Bezerra Sales; FUHRMANN, Ítalo Roberto. Direito Digital e Direitos Humanos - a utilização da Inteligência Artificial no Direito Internacional Migratório. p. 285-300. In: FAGGIANI, Valentina (dir.); CARRILLO, Francisco Javier Garrido (coord.) *Desafíos y límites de la política migratoria en Europa y América: perspectivas de derecho comparado*. Navarra: Editorial Aranzadi, 2022.
- SARLET, Ingo Wolfgang; SARLET, Gabrielle Bezerra Sales. Algumas notas sobre a relação entre inteligência artificial, proteção de dados pessoais e os direitos fundamentais na ordem constitucional brasileira. In: SARLET, Gabrielle Bezerra Sales; CALIENDO, Paulo; RUARO, Regina Linden; REICHEL, Luís Alberto; SARLET, Ingo Wolfgang (coord.) *Inteligência artificial e direito*. Porto Alegre: Editora Fundação Fênix, 2023. p. 43-69. Disponível em: [www.fundarfenix.com.br](http://www.fundarfenix.com.br). DOI: <https://doi.org/10.36592/9786554600200>.
- SECAF, Helena; CARRILLO, Eduardo; PASCHOALINI, Nathan. *Tecnologias e Direitos Humanos na Área da Tríplice Fronteira: um estudo exploratório sobre os programas Muralha Inteligente (Brasil) e Sistema Migratório Automatizado para Reconhecimento Facial (Paraguai)*. Associação Data Privacy Brasil de Pesquisa; TEDIC, 2023.
- SILVA, Bianca Guimarães. Quem é o outro? Reflexões sobre a construção de um estado de exceção para migrantes por meio da securitização das fronteiras e da política do inimigo. In: SILVA, Eliane Cristina da; PEREIRA, Márcio José; NEVES, Ozias Paese. *O estatuto da vida em tempos de exceção*. Maringá: Edições Diálogos, 2021.
- Situación de derechos humanos de familias, niños, niñas y adolescentes no acompañados refugiados y migrantes*

- en los Estados Unidos de América*. Comisión Interamericana de Derechos Humanos. OAS/Ser.L/V/II.155 Doc. 16. 24 julio 2015. Disponível em: [www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/Refugiados-Migrantes-EEUU.pdf](http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/Refugiados-Migrantes-EEUU.pdf). Acesso em 10 ago 2023.
- Sistema de reconocimiento facial se implementa en puesto migratorio del Aeropuerto Silvio Pettirossi*. Disponível em: [www.ip.gov.py/ip/sistema-de-reconocimiento-facial-se-implementa-en-puesto-migratorio-del-aeropuerto-silvio-pettirossi/](http://www.ip.gov.py/ip/sistema-de-reconocimiento-facial-se-implementa-en-puesto-migratorio-del-aeropuerto-silvio-pettirossi/). Acesso em 30 mar 2023.
- STF suspende compartilhamento de dados de usuários de telefônicas com IBGE*. Disponível em: [portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=442902&ori=1](http://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=442902&ori=1). Acesso em 27 fev 2023.
- Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. 3ª Vara de Fazenda Pública. Processo nº: 1027876-45.2023.8.26.0053 - Ação Popular. Disponível em: [www.migalhas.com.br/arquivos/2023/5/02F4930DEF8E75\\_decisao-smart-sampa.pdf](http://www.migalhas.com.br/arquivos/2023/5/02F4930DEF8E75_decisao-smart-sampa.pdf). Acesso em 22 ago 2023.
- TAVEIRA, Isadora Verardo. "Smart Sampa", o polêmico projeto de IA para SP: Programa da gestão Ricardo Nunes (MDB) prevê a instalação de 20 mil câmeras na cidade de São Paulo. 06/06/2023. Disponível em: [agmt.pucsp.br/noticias/smart-sampa-o-polemico-projeto-de-ia-para-sp](http://agmt.pucsp.br/noticias/smart-sampa-o-polemico-projeto-de-ia-para-sp). Acesso em 23 ago 2023.
- URUPÁ, Marcos. *Entidades protestam contra reconhecimento facial no programa Smart Sampa*. 13/07.2023. Disponível em: [www.teletime.com.br/13/07/2023/entidades-protestam-contra-reconhecimento-facial-no-programa-smart-sampa/](http://www.teletime.com.br/13/07/2023/entidades-protestam-contra-reconhecimento-facial-no-programa-smart-sampa/). Acesso em 22 ago 2023.
- Uses of AI in migration and border control: A fundamental rights approach to the Artificial Intelligence Act'*. Disponível em: [www.edri.org/wp-content/uploads/2022/05/Migration\\_2-pager-0205-2022-for-online.pdf](http://www.edri.org/wp-content/uploads/2022/05/Migration_2-pager-0205-2022-for-online.pdf). Acesso em 14 ago 2023.
- VILAS BOAS, Patrícia; TALARICO, Paulo. *A Grande São Paulo tem imigrantes em trabalho análogo à escravidão*. 06/05/2021. Disponível em: [jornal.unesp.br/2021/05/06/a-grande-sao-paulo-tem-imigrantes-em-trabalho-analogo-a-escravidao/](http://jornal.unesp.br/2021/05/06/a-grande-sao-paulo-tem-imigrantes-em-trabalho-analogo-a-escravidao/). Acesso em 23 ago 2023.
- We won! Home Office to stop using racist visa algorithm*. Disponível em: [www.jcwi.org.uk/news/we-won-home-office-to-stop-using-racist-visa-algorithm](http://www.jcwi.org.uk/news/we-won-home-office-to-stop-using-racist-visa-algorithm). Acesso em 02 mar 2023.
- WERMUTH, Maiquel Ângelo Dezordi. Direito penal, migrações e mixofobia na União Europeia. *Interscience Place*, [S.L.], v. 1, n. 31, p. 174-204, 23 dez. 2014. Interscience Place. <http://dx.doi.org/10.6020/1679-9844/3107>.

# A ESTÉTICA DO CONTRADITÓRIO NO PROCESSO PENAL: UMA VISÃO PELO OLHAR DO FEMININO<sup>1</sup>

THE AESTHETICS OF THE CONTRADICTION IN THE CRIMINAL PROCEDURE: A VISION THROUGH (FROM) THE FEMININE

FLAVIANE DE MAGALHÃES BARROS BOLZAN DE MORAIS<sup>2,3</sup>

**RESUMO:** Este ensaio, um recorte de uma pesquisa em andamento cujo eixo central é o estudo da estética no sistema de justiça criminal, tem como objetivo apresentar uma revisão do princípio do contraditório, pilar fundamental do processo penal. Pretende-se demonstrar a necessidade de reconhecer a plasticidade desse princípio como meio de viabilizar a participação efetiva de pessoas vulneráveis no processo, seja na condição de acusadas, vítimas ou testemunhas. A pesquisa adota a estética como estratégia teórica para revelar os erros e desvios da racionalidade processual moderna, propondo uma correção de rumo que permita ao processo penal assegurar os direitos e garantias de todos os indivíduos. Especial atenção é dada à violência do processo penal em relação às pessoas vulneráveis, marcada pela incapacidade de compreender o “outro” em sua diversidade e pluralidade. Busca-se ressignificar os marcos teóricos do processo penal através de uma perspectiva estética baseada no olhar feminino, permitindo que a cena processual seja inclusiva, especialmente para aqueles que não se enquadram no núcleo heteronormativo. Ao conectar, por meio da estética, o mundo do sensível, o estudo visa identificar como a plasticidade do princípio do contraditório, compreendida sob a ótica feminina, pode superar o desafio de garantir uma participação plural e multiversa no processo penal.

**PALAVRAS-CHAVES:** *Processo Penal – Estética – Contraditório – Plasticidade – Feminino.*

**ABSTRACT:** This essay, which forms part of an ongoing research project focusing on the study of aesthetics in the criminal justice system, aims to present a review of the adversarial principle, a fundamental pillar of criminal procedure. The aim is to demonstrate the need to recognise the plasticity of this principle as a means of enabling the effective participation of vulnerable people in the process, whether

- 1 Dedico o presente trabalho as minhas orientandas de mestrado e doutorado que me forcem a cada dia compreender ainda mais o lugar delas e o meu próprio no mundo.
- 2 Mestre e Doutora em Direito Processual pela PUC Minas. Estágio pós-doutorado junto a Università degli studi de Roma Tre. Pesquisadora de Produtividade do CNPq. Coordenadora da área de Direito junto a CAPES (2022-2026) . Membro do CTC-ES (Conselho técnico e científico do Ensino Superior) da CAPES. Advogada. ORCID: (<https://orcid.org/0000-0002-2377-6026>) . Pesquisadora de Produtividade no CNPq
- 3 Agradeço o apoio e o financiamento do CNPq para a presente pesquisa.

as defendants, victims or witnesses. The research adopts aesthetics as a theoretical strategy to expose the errors and deviations of modern procedural rationality, proposing a course correction that allows the criminal process to ensure the rights and guarantees of all individuals. Particular attention is paid to the violence of the criminal process against vulnerable people, characterised by an inability to understand the 'other' in its diversity and plurality. The aim is to re-signify the theoretical frameworks of the criminal process through an aesthetic perspective based on the female gaze, allowing the trial scene to be inclusive, especially for those who do not fit into the heteronormative nucleus. By linking the world of the sensible through aesthetics, the study aims to show how the plasticity of the adversarial principle, understood from a feminine perspective, can overcome the challenge of ensuring plural and multiversal participation in criminal proceedings.

**KEY-WORDS:** Criminal Procedure - Aesthetics - Adversarial Principle - Plasticity - Feminine

**SUMÁRIO:** 1 Introdução; 2 A estética da cena processual: a prevalência do masculino; 3 É possível um direito processual democrático e masculino?; 4 Há espaço para uma revisão epistemológica do processo penal para inclusão do feminino?; 5 Considerações finais; Referências bibliográficas.

## 1 Introdução

Este trabalho faz parte de uma pesquisa financiada pelo Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico (CNPq), que tem como foco o estudo da estética para constranger a racionalidade moderna e buscar uma ética que compreenda a violência do processo penal, especialmente em relação a sujeitos vulneráveis que atuam como atores eventuais na cena processual.

O ensaio propõe, por meio da estética, a ressignificação do princípio do contraditório, com o objetivo de garantir a participação de pessoas vulneráveis na cena processual, sobretudo quando se interseccionam gênero, raça e condição socioeconômica. Nesse contexto estético, a audiência processual é comparada a uma cena teatral, e os sujeitos processuais são vistos como atores.

Este estudo surge da necessidade de revisitar o modelo constitucional de processo — o marco teórico das pesquisas anteriores da pesquisadora<sup>4</sup> — para

4 BARROS, Flaviane de Magalhães. *A participação da vítima no processo penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008; BARROS, Flaviane de Magalhães. (Re)forma do processo penal: comentários críticos dos artigos modificados pelas Leis n. 11.690/08, n. 11.719/08 e n. 11.900/09 – 2ª Ed. – Belo Horizonte: Del Rey, 2009; BARROS, Flaviane de Magalhães. Editorial Dossiê “Oralidade e garantias processuais penais”: de qual oralidade podemos falar? In: *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, vol. 3, n. 3, set/dez, 2017; BARROS, Flaviane de Magalhães. *A atual crise do processo penal brasileiro, direitos fundamentais e garantias processuais*. In: *Revista Duc In Altum Cadernos de Direito*, vol. 10, n. 21, mai/ago. 2018.

se adequar às novas observações estéticas. Identifica-se uma lacuna teórica: a estrutura principiológica do processo democrático e do contraditório não atende às demandas de diversidade e pluralidade de pessoas vulneráveis.

Os principais atores do processo penal são membros de carreiras jurídicas, que a pesquisa denomina-os atores recorrentes, cuja formação dogmática é fortemente influenciada pelo conteúdo inquisitório, matriz<sup>5</sup> fundante do processo penal brasileiro. Essa estrutura é marcada por uma visão heteronormativa e patriarcal, que se manifesta no olhar masculino sobre o direito e a sociedade.

Assim, é necessário problematizar a arena discursiva na qual esses atores sociais se inserem, uma vez que, para acessá-la, é preciso se adequar a padrões patriarcais, carregados de valores depreciativos em relação à diversidade e pluralidade. Esses padrões excluem a possibilidade de participação igualitária de sujeitos que não se enquadram neles, ocultando as formas de dominação e restrição de direitos exercidas pelos grupos hegemônicos, em detrimento das pessoas vulneráveis. Exigências relacionadas a comportamento, aparência, vestuário e linguagem, entre outros, revelam como o poder se organiza para excluir ou dificultar a participação de pessoas vulneráveis nas arenas discursivas — um exemplo disso é a despolitização das pautas femininas, sob o argumento de que pertencem à esfera pessoal e não política, bem como a restrição das mulheres à esfera doméstica, excluindo-as da esfera pública, tradicionalmente considerada legítima para a deliberação de direitos<sup>6</sup>.

Estudos de direito processual penal focam principalmente na atuação judicial, ministerial ou da defesa criminal, com pouca atenção aos demais sujeitos processuais, como acusados, vítimas e testemunhas<sup>7</sup>, que a pesquisa chama de atores eventuais. Discussões sobre gênero, raça e condição socioeconômica são raramente abordadas na pesquisa em Direito Processual Penal, exceto em contextos específicos, como violência doméstica ou contra crianças e adolescentes, sem aprofundamento teórico no âmbito da ciência processual.

Há necessidade de aproximar o diálogo com a Criminologia, especialmente em estudos sobre desigualdade social e diversidade de gênero e raça, pois tanto

5 COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *Mettere il Pubblico Ministero al suo Posto – ed Anche il Giudice*. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; DE PAULA, Leonardo Costa; SILVEIRA, Marco Aurélio Nunes. *Mentalidade inquisitória e processo penal no Brasil: anais do congresso internacional “Diálogos sobre Processo Penal entre Brasil e Itália”*. Florianópolis: Empório do Direito, 2016.

6 ANDRADE, 2022; FRASER, Nancy. *Struggle over needs: outline of a socialist-feminist critical theory of late capitalist political culture*. In: FRASER, Nancy (org.). *Unruly practices: power, discourse and gender in contemporary social theory*. Minneapolis: University of Minnesota Press, 1989.

7 O estudo da vítima sempre foi um dos focos de pesquisa da autora, desde sua tese de doutoramento apresentada em 2003, intitulada “a participação da vítima no processo penal”. Na tese de Ulisses Moura Dale, orientada pela proponente em 2020, demonstra-se como o número de pesquisa e produção científica ou técnica sobre tais sujeitos (acusados, vítimas e testemunhas) é reduzida, e quanto tais sujeitos são desconsiderados na cena jurídica processual.



o Direito Penal quanto o processo penal operam de forma seletiva. Enfrentar a seletividade do direito processual penal, considerando as interseções entre gênero, raça e condição socioeconômica<sup>8</sup>, é um desafio pessoal, que põe em xeque as teorias processuais penais formuladas no Brasil a partir da redemocratização, com a promulgação da Constituição de 1988. Revisitar a teoria do processo e o direito processual democrático implicou rever o próprio marco na teoria do processo como procedimento em contraditório<sup>9</sup> e no modelo constitucional de processo<sup>10</sup>.

O esforço coletivo da pesquisa jurídica brasileira, em busca de uma leitura constitucional do processo pós-1988, enfatizou a necessidade de revisar os princípios garantidos no texto constitucional e de reformular a legislação processual penal, cuja matriz inquisitorial, consolidada no Código de Processo Penal de 1940, é inadequada à previsão constitucional contemporânea.

O objetivo central deste estudo é demonstrar, por meio da estética, a incapacidade do conceito tradicional de contraditório de garantir a participação de pessoas vulneráveis. Para isso, faz-se necessário examinar, a partir de uma perspectiva feminina e esteticamente conectada ao sensível, a violência presente na cena processual. A proposta é a introdução de uma nova característica para o contraditório: a “plasticidade”, que consiste na capacidade de adaptação estética às múltiplas necessidades das pessoas vulneráveis.

O texto se organiza em três eixos. O primeiro busca demonstrar o constrangimento estético gerado pelo excesso de violência da cena processual para pessoas vulneráveis. O segundo expõe como a noção de contraditório ainda está profundamente enraizada em uma perspectiva masculina, mesmo dentro do paradigma do Estado Democrático de Direito. Por fim, o terceiro eixo apresenta, sob a ótica da epistemologia feminina, a proposta de uma plasticidade do contraditório, que visa integrar a participação empática de sujeitos vulneráveis, como atores e atrizes eventuais, no diálogo que constrói a decisão processual.

## 2 A estética da cena processual: a prevalência do masculino

O estudo de dados da realidade processual brasileira, por meio de pesquisa empírica, permitiu uma reflexão sobre a cena da audiência de custódia, a qual foi introduzida em consonância com as normas convencionais pelo Conselho Na-

8 Alguns trabalhos sobre o tema parte da revisão bibliográfica feita pela autora teve como recorte a leitura apenas de autoras mulheres.

9 FAZZALARI, Elio. *Istituzioni di diritto processuale*. Padova: Cedam, 1992; GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica processual e teoria do processo*. 2ª tiragem. Rio de Janeiro: Aide, 1992.

10 ANDOLINA, Italo; VIGNERA, Giuseppe. *I fondamenti costituzionali della giustizia civile: il modello costituzionale del processo civile italiano*. 2. ed. Torino: Giappichelli, 1997.

cional de Justiça e, atualmente, possui previsão legal após a promulgação da Lei Anticrime (Lei nº 13.964/2019).

A partir do bojo dos resultados de políticas de pesquisa empíricas do grupo<sup>11</sup>, foi possível alguns achados que subsidiam a construção teórica que apresenta a presente pesquisa. Foi documentada a existência de comentários discriminatórios<sup>12,13</sup>, que revelam uma incompreensão da situação socioeconômica de certas pessoas ou de seu gênero ou sua raça, evidenciando a impossibilidade de que tais pessoas possam participar do processo penal e influir na decisão.

Esses comentários ilustram como os sujeitos do processo penal que integram as carreiras jurídicas ainda não estão devidamente sensibilizados<sup>14</sup> para que a condução do ato de audiência permita a atuação concreta do contraditório como espaço processualizado para a construção participativa da decisão. Pelo contrário, ao usarem do subterfúgio de uma “conversa” com a pessoa custodiada, subalternizam-na por meio de um discurso paternalista, nos termos do “direito paternal” identificado por Eligio Resta<sup>15</sup>. Isso impede que pessoas vulneráveis possam apresentar, em um discurso horizontalizado, sua versão sobre o caso penal. Tal posição não se limita às pessoas acusadas, mas se estende também às vítimas e testemunhas. Ademais, a cultura inquisitória que se revela esteticamente na própria audiência<sup>16</sup> é um elemento importante para compreender a resistência à criação de um espaço procedimentalizado que permita a participação de todos.

11 Ver: CARVALHO, Bárbara Cândido de. *O direito penal é masculino: a invisibilização da mulher autora de crime*. 2021. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade Federal de Ouro Preto, Ouro Preto, 2021; GALVÃO, Giovana Mendonça. *Por que elas são soltas?: um estudo das prisões preventivas de mulheres a partir das audiências de custódia realizadas em Belo Horizonte*. 2021. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade Federal de Ouro Preto, Ouro Preto, 2021.

12 Em um dos casos, o operador se referiu a uma custodiada de forma desrespeitosa em função de sua aparência, “Na verdade ela era um homenzinho!”, e perguntou para o outro operador “Ela não era meio sapatinha, hein?” (Operador 2). Todos riram da “piada” alegando que ela seria sim, um rapazinho. Em um dos casos, um operador disse à custodiada “Ao invés da senhora estar em casa fazendo rosquinha, comida para os filhos e para o marido, está sendo presa por tráfico!” (Operador 2). Em outra ocasião um operador afirmou que as audiências realizadas com mulheres são sempre mais difíceis, uma vez que as mulheres são mais dramáticas e utilizam a desculpa de ter filhos para cometer os crimes “arrumam uma choradeira, falando que têm um tanto de filho e sempre falam que roubam para comprar leite para os meninos” (Operador 3)”. In RIBEIRO, Ludmila; PRADO, Sara; MAIA, Yolanda. *Audiências de Custódia em Belo Horizonte: um panorama*. 2017. Disponível em: <http://www.crisp.ufmg.br/wp-content/uploads/2017/04/Audie%CC%82ncias-de-Custodia-em-Belo-Horizonte.pdf>. Acesso em: 26 ago. 2021.

13 Ver também as pesquisas realizadas em Recife por Valença: VALENÇA, Manuela. Julgando a liberdade em linha de montagem: uma observação etnográfica dos julgamentos dos Habeas Corpus nas sessões das Câmaras Criminais do TJPE. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, [S. l.], v. 116, p. 207-238, set./out. 2015.

14 BARROS, Flaviane M. Processo Penal Cautelar: Remédio e Veneno In: *A Democracia sequestrada*. 1 ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019. BARROS, FLAVIANE DE MAGALHÃES; FIORATTO, D. de C. . Implementação da audiência de custódia em terra brasileira e a excepcionalidade da prisão preventiva. In: Flaviane de Magalhães Barros. (Org.). *Convencionalidade e Sistema de Justiça*. 1ed. Florianópolis: Êmais, 2018, v. 1, p. 153-17.

15 RESTA, Eligio. *Diritto vivente*. Roma: Laterza, 2009. RESTA, Eligio. *La certezza e la speranza. Saggio su diritto e violenza*. Roma-Bari: Laterza, 2006. RESTA, Eligio. *Il diritto fraterno*. 2ed. Roma- Bari: Laterza, 2006.

16 BARROS, Flaviane de Magalhães; PIMENTA, Marcus Vinicius. A secularização da inquisitorialidade no processo penal vista pela imagem da audiência de instrução e julgamento. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v.171, p.225 - 249, 2020.

Os resultados, ainda, demonstraram a ausência de acolhimento e empatia para com as vítimas, bem como a falta de protocolos prévios para a preparação do momento da audiência, o que possibilitaria a participação da vítima no referido ato processual sem violação de seus direitos e garantias. O estudo também destacou o aviltamento da condição de vítima, em especial para mulheres negras<sup>17</sup>.

Algumas dificuldades para operacionalizar pesquisas sobre pessoas vulneráveis já indicam, por si só, como não há no Brasil uma política judicial específica para marcadores de raça, condição socioeconômica e gênero. Os registros no processo penal, desde o momento do inquérito, não definem marcadores de raça, o que impede a implementação, a priori, de uma política de acolhimento e assistência adequada. O registro de gênero apenas indica o sexo, masculino ou feminino. A ausência ou a falta de coleta informacional deve ser lida não como mero desinteresse público pela diferença e pelas vulnerabilidades, mas como uma forma de negar o problema. O encobrimento ético do outro e a violência que atinge os corpos negros, que pode ser «experienciada» pelo viés do sensível, evidenciam o quanto não há preocupação em atuar de forma que reconheça direitos e garantias para pessoas vulneráveis.

Ao analisar a cena processual da audiência, a forma processual de “colher” a oitiva, sem acolher a vítima demonstra que a questão, no âmbito da racionalidade, se resume ao texto vago da legislação, que foi revisada em 2008 para reconhecer os direitos das vítimas, mas que não produz modificações no roteiro da cena processual de modo a gerar acolhimento e empatia. As perguntas formuladas e a maneira de registrar o próprio ato de oitiva não levam a sério o direito das vítimas, nem se conectam com a preocupação de que esse seja um momento de sofrimento e dor. Racionaliza-se o ato, pois vítimas são chamadas para descrever momentos violentos. Não reconhecer a situação de vulnerabilidade é desumanizar o processo penal, normalizando vivências de sofrimento e dor como meras descrições de fatos típicos.

O resultado observado nas pesquisas empíricas contextualiza a escolha do uso da estética como uma estratégia para o constrangimento da racionalidade moderna do processo penal e como propulsora da correção de rumos.

É possível perceber a ausência de uma estética adequada para o contraditório, princípio basilar do processo penal, que permitiria a participação de pessoas vulneráveis como sujeitos do processo, seja na condição de vítimas, acusadas ou testemunhas e não reconhece a necessidade de acolher pessoas que, por razão de

17 SILVA, Mariana Gonçalves de Souza. A sobrevitimização da mulher negra pelo Sistema Penal Brasileiro: uma análise a partir de estudo de caso de audiência de instrução e julgamento no crime de estupro. 2022. Dissertação (Mestrado em Direito) -Universidade Federal de Ouro Preto, Ouro Preto, 2022.

gênero, raça ou condição socioeconômica, não se enquadram no padrão heteronormativo, masculino e hierarquizado. Entre essas pessoas não acolhidas incluem-se mulheres, pessoas LGBTQIA+, pessoas negras e pessoas pobres, bem como aquelas que, pela interseção de diferentes marcadores<sup>18</sup>, ou pelo nó<sup>19</sup>, sobrepõem-se em mais de um marcador existencial de identidade.

A audiência no processo penal de matriz acusatória assume um papel de centralidade não só como um elemento de simplificação e prevalência da oralidade acusatória, mas também como um elemento estético de garantia do contraditório. Sobre a audiência como um elemento estético<sup>20</sup> do contraditório, convém pontuar:

O homem, como ser sensivelmente constituído instaura o mundo esteticamente. Isso porque a estética compreende tudo aquilo que chega pelos sentidos, dentro das categorias do tempo e do espaço. Em outras palavras, é dos sentidos (sensação) que advêm os sentidos (significados).

[...]

Entretanto, como se pode observar, o mundo não se constitui apenas por aquilo que nos chega através dos sentidos, mas também, e, sobretudo, por intermédio dos sentidos que lhe damos - ou seja, pelo modo de reflexão do sensível, como o espelhamento desse sobre si mesmo, como vontade de conjunção do dado (sensível) com o criado (sentido). (SANTOS, 2003).

De acordo com Pereira (2004), o estético, como é habitualmente tomado, não reduz a compreensão de uma determinada coisa ou material. Ele amplia, na verdade, a possibilidade de abordagem dos objetos, amplificando o sensível e ultrapassando-o. O estético, é, ainda, para o mesmo, um tipo peculiar de racionalidade que habita a imaginação, um ponto de ruptura - onde o homem se afirma como ser - e um ponto de permanência - onde algumas coisas se sedimentam. Nele, um pouco do mundo pode ser captado no fluxo interminável da natureza.<sup>21</sup>

Como revela Amodio<sup>22</sup>, a estética do processo penal deve refletir o cumprimento das normas do devido processo. Para isso, a organização do espaço cênico

18 Ver: AKOTIRENE, Carla. *O que é interseccionalidade?* Belo Horizonte: Letramento: Justificando, 2019.

19 SAFFIOTI, Heleieth I. B. *Gênero, patriarcado, violência*. São Paulo: Editora Fundação Perseu Abramo, 2011. Disponível em: [https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/1741437/mod\\_resource/content/1/G%C3%AAnero%20Patriarcado%20Viol%C3%AAncia%20%28livro%20completo%29.pdf](https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/1741437/mod_resource/content/1/G%C3%AAnero%20Patriarcado%20Viol%C3%AAncia%20%28livro%20completo%29.pdf). Acesso em 23: abr. 2023.

20 ISSE, Rosemeri. *Educação Estética: uma ponte entre Schiller e Habermas*. Dissertação. 2007. (Mestrado em Educação) - Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2007, p. 11-12.

21 ISSE, Rosemeri. *Educação Estética: uma ponte entre Schiller e Habermas*. Dissertação. 2007. (Mestrado em Educação) - Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2007, p. 11-12.

22 AMODIO, Ennio. *Estetica della giustizia penale - prassi, media, fiction*. Milano: Giuffrè, 2016.

deve representar o respeito aos princípios constitucionais. A entrada de uma pessoa como “atriz/ autor eventual” que não se enquadra em um padrão heteronormativo no espaço cênico choca e identifica a pessoa como excluída da estrutura da sociedade capitalista moderna. Por essa razão, entre as estratégias adotadas pela advocacia que atua na Defensoria Pública, sugere-se o uso de vestimentas reconhecidas no padrão clássico ocidental, como terno ou camisa branca, ou o encobrimento de sinais como tatuagens, visando aproximar a pessoa acusada do padrão estético dos atores que protagonizam a cena. Embora essa estratégia seja eficaz, ela também revela como os atores jurídicos — juízes, acusadores e defensores — se distanciam, em termos de classe social, de um número significativo de pessoas que participam como protagonistas ou em contraditório da cena processual. Quando a pessoa que adentra a cena é uma mulher, seja como acusada ou vítima, também há um claro desconforto, pois os atores que protagonizam a cena nem sempre se identificam com seu gênero, raça ou condição socioeconômica, vinculando-as a estereótipos de maternidade, serviços domésticos e sexuais.

É urgente a necessidade de buscar a plasticidade para o princípio do contraditório, a fim de permitir que pessoas acusadas, vítimas ou testemunhas, vulneráveis por causa de sua raça, gênero ou condição socioeconômica, possam atuar na construção do provimento final. Assim, pelo viés do sensível e do direito fraterno, é possível compreender a violência intrínseca da cena processual da audiência e a necessidade de revisar elementos da teoria do processo, como o princípio do contraditório, de modo que, por sua plasticidade, ele permita uma compreensão plural e diversa.

Deve-se buscar uma atuação dos sujeitos processuais mais próxima da subjetividade da pessoa afetada. Nesse sentido, a pesquisa já desenvolvida articula o tema a partir da participação feminina, com elementos de interseção racial e da desigualdade socioeconômica. Racismo e discriminação de gênero são chaves interpretativas relevantes para entender os acontecimentos na cena processual. Como o processo penal tem uma conotação fortemente masculina, uma vez que se localiza na esfera pública, a participação de mulheres sempre constitui um elemento de ruptura, que desafia e, por vezes, desconcerta os atores jurídicos profissionais. Por outro lado, o impacto da violência do processo penal sobre a subjetividade das mulheres — enquanto acusadas, vítimas ou testemunhas — pode ser amplificado, especialmente quando essas mulheres ainda atuam em ambientes mais privados, distantes da esfera pública<sup>23</sup>.

23 FRASER, Nancy. Social justice in the age of identity politics: redistribution, recognition, and participation. In: FRASER, N; HONNETH, A. Redistribution or recognition? A politicalphilosophical exchange New York; London: Verso, 2003; FRASER, N. What's Critical About Critical Theory? The case of Habermas and the Gender. *New German Critique*, n.35, pp. 97-131, 1985. [“Que é Crítico na Teoria Crítica? O Argumento de Habermas e o Gênero”. In: BÉNABIB, S.; CORNELL, D. (orgs.). *Feminismo como Crítica da Modernidade*. Rio de Janeiro: Rosa dos Tempos, 1987.

Elas são submetidas a formas de violência institucional, moral e corporal, muitas vezes ignoradas pelo olhar masculino em uma sociedade patriarcal que estereotipa a mulher como recatada e pertencente ao espaço doméstico. O processo penal, por sua vez, não ocorre no espaço privado, mas sim na esfera pública, fortemente marcada pela imposição das figuras patriarcais de juiz, acusador e advogado.

O uso da imagem e a perda da privacidade da mulher, seja como acusada ou vítima, são elementos de violência. A proporção do impacto midiático da exposição de imagem e histórias de vida de mulheres – vítimas ou acusadas presas preventivamente – especialmente na internet e redes sociais, é ainda mais impactante na sociedade digital atual. As vítimas que tiveram e terão seus casos espetacularizados passarão pelo que Bolzan de Moraes<sup>24</sup> chama de “*digital discrimination*”, por um tempo indeterminado.

A leitura do direito fraterno, proposta por Eligio Resta<sup>25</sup>, força-nos a reconhecer que a cena processual subalterniza pessoas vulneráveis, operando no âmbito de um direito paternal, em que os atores jurídicos profissionais impõem a figura do pai, da autoridade que diz o Direito e exerce a força da Jurisdição sobre os corpos e mentes dessas pessoas. Ao não reconhecer o direito fraterno como um código compartilhado entre irmãs e irmãos, mas sim como um código paternal, o exercício da autoridade transforma o processo, de antídoto para a violência, em um veneno, conforme a proposição de Resta<sup>26</sup>, sustentada pela compreensão platônica do “*pharmakon*”.

O constrangimento que a estética do processo penal impõe, quando analisada sob o olhar do sensível e da empatia pelo outro, permite reconhecer a força e a violência institucional da cena processual. Essa cena está ancorada em uma cultura autoritária, patriarcal e fortemente inquisitorial, vista pelo olhar masculino, mas também pela própria estrutura dogmática e teórica que se impõe. Mesmo quando se defende uma visão democrática para o processo penal, tal visão ainda é masculina. Daí a necessidade de uma revisão crítica do próprio marco do processo democrático.

24 BOLZAN DE MORAIS, José Luis. O estado de direito “confrontado” pela “revolução da internet”! Revista eletrônica do curso de direito UFSM, v. 13, n. 3, p. 876-903, 2018

25 RESTA, Eligio. *Diritto vivente*. Roma: Laterza, 2009. RESTA, Eligio. *La certezza e la speranza. Saggio su diritto e violenza*. Roma-Bari: Laterza, 2006. RESTA, Eligio. *Il diritto fraterno*. 2ed. Roma- Bari: Laterza, 2006.

26 RESTA, Eligio. *Diritto vivente*. Roma: Laterza, 2009. RESTA, Eligio. *La certezza e la speranza. Saggio su diritto e violenza*. Roma-Bari: Laterza, 2006. RESTA, Eligio. *Il diritto fraterno*. 2ed. Roma- Bari: Laterza, 2006.

### 3 É possível um direito processual democrático e masculino?

Uma leitura democrática do processo penal é reconhecida pela teoria do processo como procedimento. Sempre que houver necessidade de estabelecer um provimento, uma decisão ou um acórdão, organiza-se uma estrutura de atos e posições subjetivas que se vinculam entre si, em uma noção de consequencialidade, na qual o ato antecedente é pressuposto lógico e necessário para o ato subsequente. Para que essa estrutura procedimental se torne um processo, é necessário que se agregue o contraditório, conforme a formulação de fazzalariana<sup>27</sup>. O procedimento e o processo não se distinguem por critérios teleológicos, por terem finalidades distintas, mas se integram em um critério de inclusão, já que todo processo é um procedimento.

O que qualifica o processo é o contraditório, ou seja, o processo é um procedimento realizado em contraditório. O contraditório é visto como uma posição de simétrica paridade entre os afetados pelo provimento jurisdicional. Essa proposta teórica foi inicialmente cunhada por Elio Fazzalari<sup>28</sup>, na Itália, que se baseou em uma crítica já produzida pela teoria da situação jurídica, e foi introduzida no Brasil por Aroldo Plínio Gonçalves<sup>29</sup>.

Se há uma teoria do processo para Fazzalari, essa não se sustenta na noção de jurisdição, mas sim de processo. Apropriando-se dessa noção e agregando toda a importância que a Constituição da República de 1988 impõe sobre o processo e seus princípios, pode-se reconhecer a existência de uma teoria do processo que se sustenta não em conceitos como ação, defesa ou jurisdição, mas nos princípios do processo, entendidos a partir de um modelo constitucional que reconhece uma base principiológica uníssona, constituída pelos princípios do contraditório, ampla argumentação, imparcialidade e fundamentação da decisão.

Uma teoria constitucionalizada do processo pressupõe o respeito aos princípios constitucionais e garante às pessoas e à sociedade o direito de participar dos processos decisórios em vários âmbitos, seja jurisdicional, administrativo ou legislativo. Ao se defender a superação da teoria do processo como relação jurídica, nos termos propostos por Gonçalves, fundada em um vínculo de sujeição entre as partes, de supra ordenação, exige-se que o olhar seja voltado para o contraditório.

A noção de contraditório proposta por Fazzalari sustenta-o como posição de simétrica paridade entre os afetados pelo provimento final ou, em outras palavras, como a construção participada da decisão.

27 FAZZALARI, Elio. *Istituzioni di diritto processuale*. Padova: Cedam, 1992; GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica processual e teoria do processo*. 2ª tiragem. Rio de Janeiro: Aide, 1992.

28 FAZZALARI, Elio. *Istituzioni di diritto processuale*. Padova: Cedam, 1992.

29 GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica processual e teoria do processo*. 2ª tiragem. Rio de Janeiro: Aide, 1992.

Na compreensão de contraditório exposta, não se admite reconhecê-lo de forma limitada como ação e reação das partes, como mera necessidade de dizer ou contradizer o direito em razão do conflito. Assim, tomando como base a noção de processo como garantia, o contraditório deve ter seu conceito ampliado, de modo a ser compreendido como o espaço procedimentalizado para garantir a participação dos afetados na construção do provimento<sup>30</sup>.

Com o reforço dado pelos estudos do processo sob o paradigma do Estado Democrático de Direito, buscou-se fortalecer o papel constitucional e o modelo constitucional de processo. Segundo Andolina e Vignera<sup>31</sup>, a Constituição tem papel prevalente de impor um modelo único e de tipologia plúrima para o processo, que pode se expandir, variar e aperfeiçoar-se. Tais características, a princípio, permitem ampliar a legitimidade democrática advinda do processo como elemento estruturante da noção de Estado Democrático de Direito.

Como tal, o processo tem na compreensão do contraditório sua pedra fundamental para garantir legitimidade e democracia, permitindo a participação das pessoas afetadas na construção do provimento. A partir desse ponto de avanço da teoria do processo, agregou-se ainda mais força à noção do princípio do contraditório como a garantia da influência e da não surpresa.

Assim, o contraditório tem como característica o princípio da influência, no sentido de que as partes têm o direito de influir argumentativamente nas decisões do processo, ou seja, participar do seu desenvolvimento e contribuir para o seu resultado. A influência gera a garantia de não surpresa, ou seja, de não ser afetado por uma decisão sem participar de sua construção. Quando o processo opera a partir do modelo de comparticipação, na proposição de Nunes, o contraditório garante a apresentação de argumentos e provas pelas partes, em uma diretriz dinâmica, comparticipativa e policêntrica<sup>32</sup>.

Toda a revisão conceitual proposta a partir do marco da redemocratização do Brasil, cujo ponto de partida é a Constituição de 1988 como marco histórico, busca subsidiar mudanças relevantes em termos teóricos e uma revisão legislati-

30 NUNES, Dierle José Coelho. *Processo Jurisdicional Democrático*. Curitiba: Juruá, 2008. NUNES, Dierle José Coelho; THEODORO JR, Humberto. Uma dimensão que urge reconhecer ao contraditório no direito brasileiro: sua aplicação como garantia de influência, de não surpresa e de aproveitamento da atividade processual. *Revista de Processo*, v. 168, p. 107-141, 2009.

31 ANDOLINA, Italo; VIGNERA, Giuseppe. *I fondamenti costituzionali della giustizia civile: il modello costituzionale del processo civile italiano*. 2. ed. Torino: Giappichelli, 1997.

32 NUNES, Dierle José Coelho; THEODORO JR, Humberto. Uma dimensão que urge reconhecer ao contraditório no direito brasileiro: sua aplicação como garantia de influência, de não surpresa e de aproveitamento da atividade processual. *Revista de Processo*, v. 168, p. 107-141, 2009.



va. No âmbito da legislação processual penal brasileira, não se obteve sucesso em uma reforma macroestrutural<sup>33</sup>.

Toda a estruturação e revisão teórica para alcançar a legitimação democrática do processo penal se volta à própria noção constitucional do Estado Democrático de Direito e sua compreensão paradigmática. A discussão sobre a participação feminina foi analisada na perspectiva de consolidação do Estado Democrático de Direito, distinguindo-o do paradigma de Estado Liberal e Social, em estudos de Habermas<sup>34</sup>.

Em seu estudo sobre os paradigmas de Estado, o autor identifica dois esforços distintos na atuação política para o reconhecimento dos direitos das mulheres. O primeiro refere-se à busca por direitos formais, no âmbito da educação, do trabalho e do sufrágio. E o segundo, no âmbito das políticas sociais protetivas para a mulher, em virtude de seu papel social e biológico. As políticas de proteção, segundo Habermas<sup>35</sup>, geraram, como efeito, a feminilização da pobreza.

Na proposição do autor, expoente da segunda geração da Escola de Frankfurt, no paradigma do Estado Democrático de Direito, a discussão sobre direitos e participação feminina demandaria o reconhecimento em um duplo sentido: da autonomia privada das mulheres e de sua atuação na esfera pública.

Daí a consequência a ser ressaltada em nosso contexto: nenhuma regulamentação, por mais sensível que seja ao contexto, poderá concretizar adequadamente o direito igual a uma configuração autônoma da vida privada, se ela não fortalecer, ao mesmo tempo, a posição das mulheres na esfera pública política, promovendo a sua participação em comunicações políticas, nas quais é possível esclarecer os aspectos relevantes para uma posição de igualdade. Por ter tomado consciência desse nexos entre autonomia privada e a pública, o feminismo hodierno mantém reservas contra o modelo de uma política orientada para sucessos instrumentais, de curto prazo; isso explica o peso que o feminismo atribui à "identity politics", ou seja, aos efeitos formadores de consciência, derivados do próprio processo político. Segundo esta compreensão procedimentalista, a concretização de direitos fundamentais constitui um processo que garante a autonomia privada de sujeitos privados iguais em direitos, porém, em harmonia com a ativação de sua autonomia enquanto cidadãos.<sup>36</sup>

33 NUNES, Dierle José Coelho; BARROS, F. M. de . Premissas para a Discussão das Reformas Processuais no Brasil. In: BARROS, Flaviane de Magalhães; BOLZAN DE MÓRAIS, Jose Luis. (Org.). *Reforma do processo civil: perspectivas constitucionais*. 1ed. Belo Horizonte: Fórum, 2010, v. 1, p. 1-35

34 HABERMAS, Jurgen. *Direito e democracia: entre faticidade e validade*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. v. I e II

35 *ibidem*

36 *ibidem*

Fraser<sup>37</sup>, em seus estudos, ressalta, contudo, que a proposição habermasiana tem limitações significativas como uma teoria que permite reconhecer às mulheres seus direitos. Sua primeira grande objeção é a análise que Habermas realiza sobre o capitalismo clássico, uma vez que não leva em consideração, como espaço da economia, as atuações relacionadas ao trabalho no lar e no cuidado das crianças, que, na tradição clássica do capitalismo, é uma função não remunerada ligada às mulheres, ao gênero feminino.

Inclui-se, ainda, na sua crítica<sup>38</sup>, a observação que os estudos sobre a esfera pública no âmbito do capitalismo clássico, sempre foram masculinos, justificando, assim, o longo trajeto histórico para a conquista de direitos pelas mulheres, sendo o direito de sufrágio em sociedades capitalistas, como a americana e inglesa, uma das primeiras conquistas.

O movimento feminista de matriz liberal está calcado na busca da autonomia e dos direitos individuais das mulheres, como o acesso ao estudo e ao mercado de trabalho. Como ressalta Cyfer<sup>39</sup>, as pautas liberais foram aceitas e incorporadas pelos homens, já que elas não questionavam a distribuição de tarefas e de poder na esfera doméstica.

O movimento liberal feminista tem sua importância na trajetória histórica de reconhecimentos do direito ao sufrágio, mas possui limitações claras, uma vez que não discute o papel relevante da economia do cuidado e não critica a estrutura masculina da esfera pública. Logo, no âmbito da ciência do Direito ou das estruturas estatais de poder em que se organizam o Estado e a Política, a crítica à visão masculina não é descortinada.

Crê-se que a crítica mais contundente de Fraser no estudo feito da obra de Habermas pode ser sintetizada pela afirmativa que o *médium* proposto e forjado pelo autor não é neutro, e sim sustentado pela identidade de gênero masculina. Optou-se por citar a tradução, pelo impacto do texto de Fraser:

O papel de cidadão no capitalismo clássico dominado pelo masculino é um papel masculino. Liga o estado e a esfera pública, como defende Habermas. Mas também os liga à economia oficial e à família. E, em todos os casos, os laços são forjados no “médium” da identidade de gênero masculina e não, como Habermas o supõe, no “médium” de um poder de gênero neutro. Ou, se o “médium”

37 FRASER, Nancy. Social justice in the age of identity politics: redistribution, recognition, and participation. In: FRASER, N; HONNETH, A. Redistribution or recognition? A politicalphilosophical exchange New York; London: Verso, 2003; FRASER, N. What's Critical About Critical Theory? The case of Habermas and the Gender. New German Critique, n.35, pp. 97-131, 1985. [“Que é Crítico na Teoria Crítica? O Argumento de Habermas e o Gênero”. In: BËNHABIB, S.; CORNELL, D. (orgs.). Feminismo como Crítica da Modernidade. Rio de Janeiro: Rosa dos Tempos, 1987.

38 *ibidem*

39 CYFER, Ingrid. Liberalismo e feminismo: igualdade de gênero em Carole Pateman e Martha Nussbaum. *Revista de sociologia e política*, [S. l.], v. 18, p. 135-146, 2010.

de troca, aqui, é o poder, então o poder em questão é um poder masculino. É o poder enquanto expressão da masculinidade.<sup>40</sup>

Tal assertiva é importante para o processo penal. Primeiramente, porque toda a construção teórico-dogmática do processo penal, mesmo que após a Constituição Brasileira de 1988, é uma afirmação do masculino. A visão de mundo, a noção de cidadania e da própria atuação em contraditório tomam como base o gênero masculino e a sua capacidade linguística e argumentativa de atuar na esfera pública. Mesmo que a atuação cidadã no âmbito da esfera pública no Estado Democrático de Direito prescreva a participação das pessoas afetadas, há uma clara proeminência da figura do masculino, que, na cultura ocidental de uma sociedade patriarcal, sempre foi mais apto a ser ouvido.

Mesmo que se discuta, como tem sido feito, a participação em simétrica paridade entre os afetados e a garantia de influência e não surpresa, a visão da esfera pública argumentativa do processo penal é masculina.

Os achados da pesquisa empírica, a compreensão da estética da cena processual e o papel cênico que se espera dos atores eventuais da cena, seja pessoa acusada ou vítima, demanda que elas acessem uma compreensão de sujeito na esfera pública, como capacidade argumentativa de falar e ser ouvido, que não leva em consideração a capacidade e os limites da pessoa vulnerável se expressar. Por outro lado, os atores protagonistas profissionais da cena processual não compreendem os limites argumentativos e as subjetividades das pessoas vulneráveis que atuam como acusadas, vítimas ou testemunhas, e, ainda mais grave, por se reconhecerem no discurso masculino, não possuem a aptidão da escuta do outro. Amplia-se, assim, o conflito identitário no processo penal.

Não há, em termos teóricos, e pouco ainda se evidencia em termos dogmáticos ou mesmo normativos, a responsabilidade pela alteridade na atuação dos sujeitos protagonistas profissionais do processo penal, para que se evite a violência institucional. Ter capacidade de se colocar no lugar do "outro", com empatia para com o diferente, não integra o contexto heteronormativo do processo penal, que impõe o médium masculino.

Para que a democracia do processo se lastreie e repercuta para todas as pessoas, um caminho que se propõe é incluir elementos estéticos de uma visão epistemológica feminina que lida com a subjetividade e o sensível. Daí o esforço da pesquisa em desenvolvimento, que coloca à prova os próprios marcos teóricos democráticos, buscando acoplar ao masculino uma visão feminina, em uma fra-

40 FRASER, Nancy. Social justice in the age of identity politics: redistribution, recognition, and participation. In: FRASER, N; HONNÉTH, A. Redistribution or recognition? A politicalphilosophical exchange New York; London: Verso, 2003. p. 74.

ternidade que inclui todas as pessoas, e compreende a diferença a partir do olhar daquele é em sua identidade de gênero, raça ou classe social se reconhece em um outro lugar de ser no mundo, diferente do médium masculino que atua na esfera pública, falando e sendo ouvido. É necessário se abrir ao silêncio imposto aos não incluídos no padrão de sujeito que foi culturalmente imposto, que é masculino, branco e formalmente educado para atuar na esfera pública.

#### **4 Há espaço para uma revisão epistemológica do processo penal para inclusão do feminino?**

O debate sobre a questão identitária no processo penal tem sido travado no Brasil de várias formas. Algumas temáticas já eram objeto de incômodo desde a década de 90 do século passado. Um exemplo que pode ser dado é a crítica à proposição de processar vítimas que se recusassem a realizar exame de corpo de delito pelo crime de desobediência. Na argumentação de Fernandes<sup>41</sup>, dever-se-ia proteger o direito das possíveis futuras vítimas, já que a ausência de prova da materialidade de crimes, especialmente os sexuais, viabilizaria uma possível absolvição do sujeito ativo da conduta criminosa.

Devo reforçar que essa parte do livro lido, quando da formulação da minha dissertação de mestrado, defendida em 1998, foi a centeira para a construção da minha tese de doutorado, que não possuía um recorte de gênero ou raça, mas se preocupava com o reconhecimento dos direitos fundamentais de pessoas vítimas de crimes e abusos de poder no direito processual penal brasileiro. Certo é que discutir o direito processual penal por uma leitura feminina exige que se apresente alguns parâmetros teóricos e políticos relevantes.

O primeiro que se inclui na presente proposta já está consolidado desde a defesa da tese de doutoramento<sup>42</sup>. Garantir direitos às vítimas não tem como proposição teórica retirar direitos das pessoas acusadas. Todas as pessoas vulneráveis que se apresentem na cena processual como acusadas, vítimas ou testemunhas são afetadas pelo provimento e precisam ter seus direitos e garantias reconhecidos e respeitados.

O segundo é contagiar o processo penal com uma epistemologia feminina, que pensa o conhecimento científico a partir de um projeto feminino. Como propõe Rago, “uma forma de produção de conhecimento que traz a marca espe-

41 FERNANDES, Antônio Scarance. O papel da vítima no processo criminal. São Paulo: Malheiros, 1995.

42 BARROS, Flaviane de Magalhães. A participação da vítima no processo penal e sua sobrevivitização – em busca de uma interpretação constitucionalmente adequada. 2003. 386f. Tese (Doutorado) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2003. BARROS, Flaviane de Magalhães. *A participação da vítima no processo penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

cificamente feminina, tendencialmente libertária e emancipadora”<sup>43</sup>. Um processo penal mais feminino exige incorporar a dimensão subjetiva, emotiva e intuitiva. Salienta-se a necessidade de recusar o uso da racionalidade que se disfarça de uma neutralidade masculina, autoritária e violenta, que não acolhe a diferença já denunciada por grupos não majoritários. No campo das ciências humanas, o não acolhimento da racionalidade moderna implica afastar do método e da epistemologia inspirada nas ciências naturais. Deve-se permitir que o processo penal incorpore múltiplas subjetividades, desafiando a razão dita imparcial e essencialmente masculina. Para tanto, é fundamental revisitar a linguagem, compreender a violência nos corpos, ousar na organização do cenário da audiência e abrir os conceitos teóricos a mais de uma possibilidade de interpretação para criar caminhos que respeitem a diferença entre comunidades, grupos e pessoas individualmente consideradas.

Uma epistemologia feminina impõe compreender a subjetividade e a pluralidade. Revela a apropriação de estudos feministas que denunciam as imbricadas relações sociais em que gênero, raça e classe constituem o viver em especialmente no bojo da sociedade brasileira. Lélia Gonzalez<sup>44</sup> já referenciava, no final da década de 70 no Brasil, em meio aos movimentos (silenciosos ou não) de resistência à condução da política na ditadura civil militar brasileira, a imbricação entre sexismo e racismo encobertos na cultura patriarcal do país. A denúncia da invisibilidade da situação da mulher negra e periférica no país falsamente justificada por uma democracia racial, demonstra como discussões sobre o feminismo poderiam passar ao largo.

Sob o mito da democracia racial, já chamava a atenção Gonzalez<sup>45</sup> para se buscar nos hospícios, nas prisões e nas favelas o “lugar privilegiado da culpabilidade enquanto dominação e opressão” e a atuação policial frente à questão que impõe claramente a relação forte entre desigualdade social, racial e de gênero, em uma interseccionalidade própria do Brasil.

Saffiotti<sup>46</sup>, em sua reflexão teórica formulou a noção de nó que vincula gênero, raça e classe social no Brasil. Podem ser reconhecidas como três identida-

43 RAGO, Margareth. Epistemologia feminista, gênero e história, In PEDRO, Joana; GROSSI, Miriam (Orgs.). **Masculino, feminino, plural**. Florianópolis: Ed. Mulheres, 1998. Disponível em: [http://projcnpq.mpbnet.com.br/textos/epistemologia\\_feminista.pdf](http://projcnpq.mpbnet.com.br/textos/epistemologia_feminista.pdf). Acesso em 25 abr. 2023

44 GONZALEZ, Lélia. Por um feminismo afro-latino-americano: ensaios, intervenções e diálogos. RIOS, Flávia; LIMA, Márcia [Orgs.]. 1ª ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2020.

45 GONZALEZ, Lélia. Por um feminismo afro-latino-americano: ensaios, intervenções e diálogos. RIOS, Flávia; LIMA, Márcia [Orgs.]. 1ª ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2020.

46 SAFFIOTTI, Heleith I. B. Gênero, patriarcado, violência. São Paulo: Editora Fundação Perseu Abramo, 2011. Disponível em: [https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/1741437/mod\\_resource/content/1/G%C3%AAnero%2C%20Patriarcado%2C%20Viol%C3%AAncia%20%20%28livro%20completo%29.pdf](https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/1741437/mod_resource/content/1/G%C3%AAnero%2C%20Patriarcado%2C%20Viol%C3%AAncia%20%20%28livro%20completo%29.pdf). Acesso em 23 abr. 2023.

des autônomas, mas que estão atadas em um nó em que unem os antagonismos que lhe dão origens (mulheres/homens; pretos/brancos; abastados/periféricos). Como Saffiotti adverte, em concordância com Laurentis, é preciso pensar a subjetividade como um sujeito múltiplo. A pessoa se constituiu por classe, gênero e raça em um processo metamorfoseado em que, em cada momento, um desses atributos da identidade e da diferença ganham mais vigor.

O terceiro é reconhecer o papel seletivo do processo penal, que impõe o não direito e a não garantia a todas as pessoas vulneráveis que se encontram em situação de pessoa acusada, vítima ou mesmo atuando como testemunha. Essa é a chave de leitura escolhida para esse trabalho: fazer uma crítica à racionalidade moderna por meio de um constrangimento estético das práticas modernas do sistema de justiça, que pensa uma “lógica da identidade e não da diferença”<sup>47</sup>.

É possível, assim, reconhecer a importância dos diversos movimentos feministas e a estruturação de uma linha temática relevante de pesquisa que são os estudos sobre o feminino. Mas, do mesmo modo que se reverencia pesquisas que indicam a chave da interseção no Brasil, é preciso reconhecer que o punitivismo como solução para a violência de gênero não é uma proposição a que se pode aderir.

Em acordo com Arruzza, Bhattacharya e Fraser<sup>48</sup>, o reforço do punitivismo pune as próprias mulheres<sup>49</sup>. No contexto brasileiro, isso é evidenciado pelo número de pessoas encarceradas que, em sua maioria, são os filhos das mulheres negras e periféricas.

Reconhecer a força e o poder do Sistema de Justiça Criminal como *locus* estratégico da seletividade é um elemento necessário para compreender a atuação dos atores que vão se abrir à possibilidade do contraditório incluir pessoas vulneráveis. “É de racismo que estamos falando quando falamos de cultura do encarceramento”, já reverberam Pires e Flauzina<sup>50</sup>, desvelando como o sistema de justiça

47 RAGO, Margareth. Epistemologia feminista, gênero e história, In PEDRO, Joana; GROSSI, Miriam (Orgs.). Masculino, feminino, plural. Florianópolis: Ed. Mulheres. 1998. Disponível em: [http://projcnpq.mpbnnet.com.br/textos/epistemologia\\_feminista.pdf](http://projcnpq.mpbnnet.com.br/textos/epistemologia_feminista.pdf). Acesso em 25 abr. 2023.

48 ARRUZZA, Cinzia; BHATTACHARYA, Tithi; FRASER, Nancy. *Feminismo para os 99%* - Um manifesto. Tradução de Heci Regina Candiani. São Paulo: Boitempo, 2019.

49 “As respostas feministas convencionais à violência de gênero são compreensíveis, mas, ainda assim, inadequadas. A resposta mais comum é a reivindicação de criminalização e punição. Esse “feminismo carcerário”, como tem sido chamado, aceita como natural precisamente o que deve ser questionado: a suposição equivocada de que as leis, a polícia e os tribunais mantêm autonomia suficiente em relação à estrutura de poder capitalista para contestar sua profunda tendência a gerar a violência de gênero.” ARRUZZA, Cinzia; BHATTACHARYA, Tithi; FRASER, Nancy. *Feminismo para os 99%* - Um manifesto. Tradução de Heci Regina Candiani. São Paulo: Boitempo, 2019, p 64.

50 FLAUZINA, Ana; PIRES, Thula. Supremo Tribunal Federal e a naturalização da barbárie. *Rev. Direito e Práx.*, Rio de Janeiro, v. 11, n. 02, p. 1211-1237, 2020. .

criminal atua para o aniquilamento de corpos negros, a partir de hierarquias de raça, gênero, classe e sexualidade.

No seio da criminologia crítica, a questão da seletividade do sistema penal já é, há muito, demonstrada pela clientela que se encontra submetida ao controle penal e à estigmatização da pobreza, elementos próprios da lógica capitalista, que também atinge as mulheres, como revela Andrade<sup>51</sup>. A questão, contudo, é que a discussão sobre o etiquetamento foi muito represada na Criminologia, mas não influenciou seriamente as discussões sobre direito processual penal, para conseguir de algum modo mudar a realidade da legislação e da aplicação por meio do sistema de justiça criminal. A ausência de uma ponte mais criativa, subjetiva e feminina, entre dois conhecimentos teóricos que discutem e refletem a mesma realidade prática pode ser um fator para a perda gradativa de legitimidade democrática no processo penal e o reforço de correntes que propõem a redução de garantias processuais como solução para a emergência<sup>52</sup> penal.

Em um contrafluxo teórico e crítico no processo penal, enfatiza Sulocky<sup>53</sup> que a dogmática se encontra com a ideologia da defesa social, reforçando ainda mais nas decisões judiciais dos tribunais brasileiros do século XXI, que atua na defesa da sociedade daqueles “perigosos”, “impunes” e “inconvenientes”, demonstrando a “permanência histórica do autoritarismo e do racismo desqualificador das pessoas”<sup>54</sup>. Mendes<sup>55</sup> reforça, ainda, o papel de invisibilidade que as autoras de processo penal ocuparam e ainda ocupam no direito processual penal, mesmo quando se trata de uma crítica ao poder autoritário.

Ou ainda, como ressaltam Valença e Mello<sup>56</sup>, em estudo empírico sobre a audiência de custódia, há marcadores para o Sistema de Justiça Criminal que indicam um enviesamento das decisões das/dos juízas/juízes, indicando que aspectos culturalmente machistas são a tônica para as decisões de soltura em violência doméstica e com a ausência total de espaço para vítima.

51 ANDRADE, Vera Regina Pereira de. A soberania patriarcal: o sistema de justiça criminal no tratamento da violência sexual contra a mulher. *Revista Sequência*, Florianópolis, n. 50, p. 71-102, 2005.

52 BARROS, Flaviane de Magalhães. A atual crise do processo penal brasileiro, direitos fundamentais e garantias processuais. *Revista Duc in Altum Cadernos de Direito*, vol. 10, n.21, mai-ago. 2018.

53 SULOCKY, Victoria Amalia de B. C. D. *Museu de novidades: discursos da ideologia da defesa social nas decisões judiciais neste início de século XXI*. 2010. Tese (Doutorado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2010.

54 SULOCKY, Victoria Amalia de B. C. D. *Museu de novidades: discursos da ideologia da defesa social nas decisões judiciais neste início de século XXI*. 2010. Tese (Doutorado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2010. p. 157.

55 MENDES, Soraia da Rosa. *Processo Penal Feminista*. São Paulo: Atlas, 2020.

56 VALENÇA, Manuela Abath; MELLO, Marília Montenegro Pessoa de. “Pancada de amor não dói”: a audiência de custódia e a visibilidade invertida da vítima nos casos de violência doméstica. *Rev. Direito e Práx.*, Rio de Janeiro, v. 11, n. 02, p. 1238-1274, 2020.

A problematização da compreensão heteronormativa do processo penal<sup>57</sup>, mesmo aquele constitucionalizado, no Brasil, a partir do marco da Constituição da República de 1988, feita aqui pelo recorte de pesquisa de autoras mulheres, justifica a necessidade de revisão do contraditório para uma visão a partir do feminino, como proposta para reconhecer as múltiplas identidades dos sujeitos vulneráveis, que se apresentam como atores eventuais da cena processual penal, subalternizados por seu gênero, raça ou condição socioeconômica.

Nesse sentir ( que dá sentido à experiência do sensível), o contraditório precisa ser lido de forma a permitir múltiplas atuações que se conectam a um ou mais atributos da subjetividade da pessoa que vai participar em “simétrica paridade”.

Ou seja, a simétrica paridade que permitiria igual possibilidade de participação e influência dos sujeitos que serão afetados pela decisão precisa ser lida a partir de um dos atributos, gênero, raça ou condição socioeconômica, a depender do caso penal e do seu papel no espaço da cena processual. Exige-se plasticidade/ adaptabilidade para acolher as múltiplas subjetividades, especialmente daquelas pessoas que não se enquadrem em um espectro masculino, branco e abastado.

A proposta considera que a formulação do contraditório cuja revisão teórica parte de uma leitura constitucional precisa ser ressignificada para permitir a atuação de pessoas vulneráveis. A proposição para além da noção de influência e não surpresa e de construção participada da decisão, demanda uma leitura epistemológica feminina e estética, característica da plasticidade.

Ou seja, a plasticidade do contraditório indica a capacidade adaptativa que viabiliza a adequação do espaço e do tempo processual para garantir o respeito à subjetividade das pessoas que participam da construção do provimento. A partir da compreensão de diferentes subjetividades, da sensibilidade como senso estético, é possível compreender que as relações entre as pessoas, em que se reconhece a diferença, exigem um rearranjo discursivo de como devem se efetivar os atos processuais para garantir iguais possibilidades narrativas ou argumentativas, que compreendam a diferença, evidenciada na sociedade brasileira, pelos sujeitos subalternizados, que permita incluir a pessoa (em voz e corpo) e sua narrativa como ser no mundo. A plasticidade exige a capacidade empática de se aproximar do lugar do outro, bem como a sensibilidade própria de uma leitura feminina de buscar entender o lugar do outro de ser no mundo.

É transformar o contraditório em um diálogo entre irmãs e irmãos, que dividem de forma plural as múltiplas identidades dos sujeitos e o respeito à diferença. Ou seja, em um diálogo forte e consistente com a metateoria do direito

57 ver: FERNANDEZ, Maíra. Encarceramento Feminino e o drama da Maternidade na Prisão. In MELO, Ezilda; ASSAD, Thaise Mattar. *Advocacia Criminal Feminista*, São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020.



fraterno<sup>58</sup>. Diferentes formas de ser no mundo que exigem capacidade de compreender a diferença como base da condição de garantia de iguais possibilidades que precisam ser adaptáveis para permitir a possibilidade de participação.

Se o Direito Penal é uma forma de imposição de dor<sup>59</sup> e se o processo penal brasileiro, em virtude da violência institucional, perdeu a capacidade de enganar a violência<sup>60</sup>, qualquer formulação do contraditório que se pretende apresentar, não pode deixar de reconhecer um papel emancipatório para viabilizar um discurso de pessoas que foram silenciadas, que exigem a formulação de um espaço de escuta, o que significa preparar para falar e preparar para escutar.

Atores cênicos eventuais e vulneráveis precisam compreender previamente seu lugar na cena processual, reconhecer um espaço de fala horizontal e não hierarquizado. Como reforça Mender, a oitiva compreendida como “a interpretação unilateral por uma fonte do poder estatal”<sup>61</sup>.

Se é preciso preparar a pessoa para falar, mais urgente é capacitar a escuta dos atores profissionais da cena processual. Por atuarem em uma linha de montagem<sup>62</sup>, o sistema de justiça criminal precisa se preparar ainda mais para a escuta do outro. Aprender a reconhecer a necessidade de escutar a diferença é um aprendizado que se alia a uma nova episteme feminina.

Se a legitimidade do processo penal democrático de julgar o caso penal se perdeu no abuso do uso do controle penal para atuar nos corpos subalternizados, retomá-la exige uma prática atuante de escuta.

O espaço cênico da audiência<sup>63</sup>, em que, esteticamente, a pessoa julgadora é evidenciada como a figura central, superior e superparte, há uma dificuldade ou um impedimento à compreensão estética em que se prioriza a capacidade dos atores profissionais escutarem o outro. O ingresso do outro na cena, visualizando pessoas bem vestidas, que conversam sobre temas que não são do cotidiano afeito ao gênero, à raça ou à condição socioeconômica, já impõem a superestrutura do poder, atingindo a subjetividade da pessoa que vai atuar, replicando o lugar

58 RESTA, Eligio . idem

59 CHRISTIE, Nils. *Limits to pain. The role of punishment in penal policy*. Eugene (EUA): Wipf and Stock Publishers, 1981.

60 RESTA, Eligio . idem

61 MENDES, Soraia. Irmãs, Companheiras ou Parceiras: a dimensão política dos lugares das mulheres nas Ciências Criminais. In: Elaine Pimentel; Elita Moraes Dorvillé. (Org.). *Mulheres, Feminismos e Interseccionalidade nas Ciências Criminais: escritos em homenagem à Sueli Carneiro*. 1ed.: , 2019, v. 1, p. 175-182.

62 VALENÇA, Manuela. Julgando a liberdade em linha de montagem: uma observação etnográfica dos julgamentos dos Habeas Corpus nas sessões das Câmaras Criminais do TJPE. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, [S. l.], v. 116, p. 207-238, set./out. 2015.

63 AMODIO, Ennio. *Estetica della giustizia penale – prassi, media, fiction*. Milano: Giuffrè, 2016.

subalternizado que ele habita no mundo, os silêncios recorrentes e as violências institucionalizadas que marcam o seu corpo e a sua subjetividade.

A proposição da plasticidade do contraditório exige uma reorganização da cena processual a partir do sujeito de escuta. Um espaço que se propõe a simétrica paridade precisa ser empático ao sujeito que se busca escutar. Uma visão feminina para garantir a plasticidade do contraditório importaria não apenas um espaço cênico revisitado para um discurso mais empático para o momento de escuta. A fórmula de perguntas e respostas em que se estrutura a participação das pessoas no ato processual de oitiva (interrogatório, oitiva da vítima ou depoimento de testemunha) limita o acesso à narrativa da pessoa que se escuta. Além de implicar um dificultador de um diálogo, a pessoa vulnerável pode não compreender o discurso ou os papéis exercidos pela figura do juiz, de julgar, do Ministério Público, como acusador e do advogado, como defensor da pessoa acusada. As interações violentas com pessoas vulneráveis, sob o olhar indiferente dos atores profissionais, acabam por impor sua subjugação e silenciamento, reduzindo-as a respostas monossilábicas, como 'sim' ou 'não', conforme sugere Matida<sup>64</sup>.

A partir da segunda década do atual século, a legislação processual penal brasileira passou a prescrever mudanças processuais para o reconhecimento de direitos e garantias de sujeitos processuais<sup>65</sup>. Atualmente, há claras determinações legais para a condução de atos processuais para proteção de identidade de gênero e para pessoas em formação, crianças e adolescentes.

Não somente a revisão de leis, mas também a criação de protocolos<sup>66</sup>, decorrem de pesquisas que sugerem uma reformulação dos espaços processuais que incluem crianças, adolescentes e mulheres, por meio da entrevista cognitiva, escuta especializadas e depoimento especial, buscando reconhecimento de pessoas sujeitas de direitos, em uma corrente que não propõe proteção estatal pela retirada da sua autonomia<sup>67</sup>.

64 MATIDA, Janaína. O que deve significar o especial valor probatório da palavra da vítima nos crimes de gênero. Trinchira Democrática; *Boletim Revista Do Instituto Baiano De Direito Processual Penal*, Salvador, Ano 2, nº 3, p. 7-9, Junho/2019. Disponível em: [http://www.ibadpp.com.br/novo/wpcontent/uploads/2019/08/TRINCHEIRA\\_JUNHO\\_WEB.pdf](http://www.ibadpp.com.br/novo/wpcontent/uploads/2019/08/TRINCHEIRA_JUNHO_WEB.pdf). Acesso em: 25 abr. 2023.

65 Ver Lei nº 13.431, de 4 de abril de 2017. Da escuta especializada e do depoimento especial.

66 BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Protocolo para Julgamento com Perspectiva de Gênero*. Brasília: CNJ, 2021; SANTOS, Benedito Rodrigues dos; GONÇALVES, Itamar Batista; ALVES JÚNIOR, Reginaldo Torres (orgs.). *Protocolo Brasileiro de Entrevista Forense com Crianças e Adolescentes Vítimas ou Testemunhas de Violência*. Brasília, 2020. .

67 Crítica à decisão do STF sobre o crime de lesão corporal no âmbito da violência doméstica reconhece justamente a retirada da autonomia da mulher. Ver: SOARES, Yollanda Farnazes. A Justiça Restaurativa como mecanismo de horizontalização de conflitos penais e de reconhecimento da vítima de violência doméstica como sujeito de direitos. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade Federal de Ouro Preto, Ouro Preto, 2019.

O incentivo institucional<sup>68</sup> para a introdução de práticas restaurativas<sup>69</sup> na busca por uma solução integral do conflito, reconhecendo o impacto deletério do sistema de justiça criminal na vida das pessoas, especialmente das pessoas vulneráveis, indica outro avanço no sentido do reconhecimento da diferença.

É do diálogo interdisciplinar com a psicologia, a educação e outras ciências humanas que a ciência jurídica e o direito processual se apropriam de conhecimentos para pretender uma revisitação teórica necessária.

Urge reconhecer que a teoria processual está se afastando da compreensão de ser no mundo de comunidades, grupos e indivíduos que não se reconhecem na prevalência heteronormativa e masculina. Quando a dogmática se atualiza mais rápido que a teoria se deve rapidamente buscar uma correção de rumos.

O Conselho Nacional de Justiça (CNJ), em um papel relevante no que se refere à proposição de um julgamento em perspectiva de gênero, sugere na edição de seu “Protocolo para julgamento sob perspectiva de gênero” a necessidade de incluir um “método interpretativo dogmático” que atue concretamente na solução de desigualdades estruturais da sociedade brasileira.

A chamada para a conscientização acerca da situação de grupos subalternizados exige uma revisitação teórica na perspectiva do contraditório, que não pode ficar para trás das mudanças da sociedade e da crítica ao conhecimento masculino e patriarcal. Espera-se contribuir para a atualização do debate com a noção de plasticidade do contraditório. É um reforço teórico e argumentativo a partir da sensibilidade do feminino para viabilizar que orientações técnicas sobre como protocolos judiciais e ministeriais terem ancoragem na teoria do processo.

## 5 Considerações finais

O presente estudo busca apresentar, por meio da estética, um constrangimento à teoria do direito processual penal que ainda prega fortemente a racionalidade moderna, heteronormativa, masculina e patriarcal. Mesmo com os esforços teóricos de uma releitura constitucional do direito processual penal, as bases indicadas para o paradigma do Estado Democrático de Direito ainda se limitam, nos termos de médium linguístico, à compreensão pela visão do masculino, próprios da visão do capitalismo, em que a esfera pública é ainda reconhecidamente masculina.

68 CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Resolução nº 225, de 31 de maio de 2016. Dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, 31 mai. 2016. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/2289>. Acesso em 24 de abril de 2023.

69 BARROS, FLAVIANE DE; NETO, JOSÉ AFONSO; SOARES, YOLLANDA FARNEZES A justiça restaurativa como mecanismo de horizontalização de conflitos penais e de reconhecimento das vítimas como sujeito de direitos. *REVISTA BRASILEIRA DE DIREITO PROCESSUAL PENAL*, v.5, p.191 -, 2019.

Dentro da perspectiva constitucional da compreensão do contraditório, deve-se abrir espaço procedimental para a compreensão da diferença, especialmente, de pessoas subalternizadas e que se diferem do padrão masculino, branco e abastado, que é replicado entre os atores profissionais da cena processual (pessoas que ocupam as funções de julgar, acusar e defender). Expressões como simétrica paridade, construção participada ou influência e não surpresa, que são a força da legitimidade democrática do marco teórico processual defendido pelo alinhamento teórico da própria filiação da autora, se revelam incapazes de solucionar os desafios de uma luta emancipatória reconhecida pela interseção de três identidades da sociedade brasileira, que reconhecem as diferenças de gênero, raça e condição socioeconômica.

A compreensão, por meio do sensível, de como a violência institucional do sistema de justiça criminal, que se posiciona como espelho da violência institucional da sociedade brasileira, impacta a subjetividade das pessoas pertencentes a identidades subalternizadas, fundamenta a proposição de uma epistemologia feminina para o direito processual penal que reconhece o sensível e o subjetivo como um elemento relevante para as pessoas atuarem como ser no mundo.

A revisão da noção teórica de contraditório por meio de sua plasticidade como capacidade de se adaptar no espaço e no tempo procedimental para acolher empaticamente pessoas subalternizadas que atuaram na construção do provimento final é uma condição que se impõe nos debates democráticos que buscam solucionar desigualdades estruturais da sociedade brasileira. O reconhecimento da diferença no âmbito de mudanças pontuais na legislação processual penal e a inclusão de protocolos e recomendações de revisão de práticas masculinas e autoritárias que indicam a violência institucionalizada do sistema de justiça criminal por si só já deveria ser um elemento para provocar a necessária revisão teórica. O que se buscou demonstrar é que a crítica à modernidade racional pela estética e visão do feminino impõe conjugar participação democrática com empatia e reconhecimento de direitos com acolhimento, em uma linguagem própria da subjetividade feminina, que dialoga com o sensível sem o temor de uma atuação parcial, para reconhecer na pluralidade das subjetividades a razão das diferentes formas de incluir pessoas como sujeitos processuais.

### **Referências bibliográficas**

- AKOTIRENE, Carla. *O que é interseccionalidade?* Belo Horizonte: Letramento: Justificando, 2019.
- ANDOLINA, Italo; VIGNERA, Giuseppe. *I fondamenti costituzionali della giustizia civile: il modello costituzionale del processo civile italiano*. 2. ed. Torino: Giappichelli, 1997
- ANDRADE, Vera Regina Pereira de. A soberania patriarcal: o sistema de justiça criminal no tratamento da violência sexual contra a mulher. *Revista Sequência*, Florianópolis, n. 50, p. 71-102, 2005.
- ANDRADE, Mileni Martins de. *Igualdade e emancipação feminina: contribuições à luz de uma concepção ampla da justiça*. São Paulo: Editora Dialética, 2022.

- ARRUZZA, Cinzia; BHATTACHARYA, Tithi; FRASER, Nancy. *Feminismo para os 99% - Um manifesto*. Tradução de Heci Regina Candiani. São Paulo: Boitempo, 2019.
- BARROS, Flaviane de Magalhães. A atual crise do processo penal brasileiro, direitos fundamentais e garantias processuais. In: *Revista Duc In Altum Cadernos de Direito*, vol. 10, n. 21, mai/ago. 2018, p. 05/33.
- BARROS, Flaviane de Magalhães. *A participação da vítima no processo penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.
- BARROS, Flaviane M. A participação da vítima no processo penal acusatório In: *Reflexiones brasileñas sobre la reforma procesal penal en Uruguay*. 1 ed. Santiago: Reflexiones brasileñas sobre la reforma procesal penal en Uruguay, 2019a.
- BARROS, Flaviane de Magalhães. Ensaio de uma teoria geral do processo de bases principiológicas: sua aplicação no processo legislativo, administrativo e jurisdicional In: GALUPPO, Marcelo Campos (org.) *O Brasil que queremos: Reflexões sobre o Estado Democrático de Direito*. Belo Horizonte: PUC Minas Editora, 2006.
- BARROS, Flaviane M. Processo Penal Cautelar: Remédio e Veneno In: *A Democracia sequestrada*. 1 ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019b
- BARROS, Flaviane M.. Democracia, ‘compliance’ electoral y partidos políticos en los Estados Constitucionales. In: Alfonso de Julios-Campuzano. (Org.). *Constitucionalismo. Un modelo jurídico para la sociedad global*. 1ed. Navarra: Editorial Aranzadi, 2019c
- BARROS, Flaviane de Magalhães. *(Re)forma do processo penal: comentários críticos dos artigos modificados pelas Leis n. 11.690/08, n. 11.719/08 e n. 11.900/09 - 2ª Ed.* - Belo Horizonte: Del Rey, 2009.
- BARROS, Flaviane de Magalhães. Editorial Dossiê “Oralidade e garantias processuais penais”: de qual oralidade podemos falar? In: *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, vol. 3, n. 3, set/dez, 2017, p. 809/823.
- BARROS, Flaviane de Magalhães. A atual crise do processo penal brasileiro, direitos fundamentais e garantias processuais. In: *Revista Duc In Altum Cadernos de Direito*, vol. 10, n. 21, mai/ago. 2018, p. 05/33.
- BARROS, FLAVIANE DE MAGALHÃES; FIORATTO, D.de C. . Implementação da audiência de custódia em terra brasilis e a excepcionalidade da prisão preventiva. In: Flaviane de Magalhães Barros. (Org.). *Convencionalidade e Sistema de Justiça*. 1ed. Florianópolis: Emais, 2018, v. 1, p. 153-174
- BARROS, FLAVIANE DE; NETO, JOSÉ AFONSO; SOARES, YOLLANDA FARNEZES A justiça restaurativa como mecanismo de horizontalização de conflitos penais e de reconhecimento das vítimas como sujeito de direitos. *REVISTA BRASILEIRA DE DIREITO PROCESSUAL PENAL* , v.5, p.191 - , 2019.
- BARROS, Flaviane de Magalhães; PIMENTA, Marcus Vinicius. A secularização da inquisitorialidade no processo penal vista pela imagem da audiência de instrução e julgamento. *Revista Brasileira de Ciências Criminais* , v.171, p.225 - 249, 2020
- BOLZAN DE MORAIS, José Luis. O estado de direito “confrontado” pela “revolução da internet”! *Revista Eletrônica do Curso de Direito UFSM*, v. 13, n. 3, p. 876-903, 2018.
- BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Protocolo para Julgamento com Perspectiva de Gênero*. Brasília: CNJ, 2021. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2021/10/protocolo-18-10-2021-final.pdf>. Acesso em: 03 jan. 2022.
- CARVALHO, Bárbara Cândido de. *O direito penal é masculino: a invisibilização da mulher autora de crime*. 2021. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade Federal de Ouro Preto, Ouro Preto, 2021.
- CARVALHO, Bárbara Cândido de; SILVA, Thalita Araújo; SOARES, Yollanda Farnazes. Reflexos da sobrevitimização feminina no Sistema de Justiça Criminal: uma análise vitimológica dos crimes sexuais e o paradigma da Justiça Restaurativa. In: MANTELLI, Gabriel; MASCARO, Laura (orgs.). *Direitos Humanos em Múltiplas Miradas*. São Paulo: Escola Superior de Advocacia da OAB SP, 2021.
- CYFER, Ingrid. Liberalismo e feminismo: igualdade de gênero em Carole Pateman e Martha Nussbaum. *Revista de sociologia e política*, [S. l.], v. 18, p. 135-146, 2010.
- COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *Mettere il Pubblico Ministero al suo Posto - ed Anche il*

- Giudice. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; DE PAULA, Leonardo Costa; SILVEIRA, Marco Aurélio Nunes. *Mentalidade inquisitória e processo penal no Brasil: anais do congresso internacional "Diálogos sobre Processo Penal entre Brasil e Itália"*. Florianópolis: Empório do Direito, 2016
- CHRISTIE, Nils. Limits to pain. *The role of punishment in penal policy*. Eugene (EUA): Wipf and Stock Publishers, 1981.
- FAZZALARI, Elio. *Istituzionidi diritto processuale*. Padova: Cedam, 1992
- FLAUZINA, Ana; PIRES, Thula. Supremo Tribunal Federal e a naturalização da barbárie. *Rev. Direito e Práxis.*, Rio de Janeiro, v. 11, n. 02,, p. 1211-1237, 2020.
- FERNANDES, Antônio Scarance. *O papel da vítima no processo criminal*. São Paulo: Malheiros, 1995
- FERNANDEZ, Maíra. Encarceramento Feminino e o drama da Maternidade na Prisão. In MELO, Ezilla; ASSAD, Thaise Mattar. *Advocacia Criminal Feminista*, São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020.
- FRASER, Nancy. Social justice in the age of identity politics: redistribution, recognition, and participation. In: FRASER, N; HONNETH, A. *Redistribution or recognition? A politicalphilosophical exchange*. New York; London: Verso, 2003.
- FRASER, Nancy . Struggle over needs: outline of a socialist-feminist critical theory of late capitalist political culture. In: FRASER, Nancy. (Org.). *Unruly practices: power, discourse and gender in contemporary social theory*. Minneapolis: University of Minnesota Press, 1989.
- FRASER, Nancy. What's Critical About Critical Theory? The case of Habermas and the Gender. *New German Critique*, n.35, pp. 97-131, 1985. [“Que é Crítico na Teoria Crítica? O Argumento de Habermas e o Gênero”. In: BENHABIB, S.; CORNELL, D. (orgs.). *Feminismo como Crítica da Modernidade*. Rio de Janeiro: Rosa dos Tempos, 1987.
- GALVÃO, Giovana Mendonça. *Por que elas são soltas?: um estudo das prisões preventivas de mulheres a partir das audiências de custódia realizadas em Belo Horizonte*. 2021. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade Federal de Ouro Preto, Ouro Preto, 2021.
- GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica processual e teoria do processo*. 2ª tiragem. Rio de Janeiro: Aide, 1992.
- HABERMAS, Jurgen. *Direito e democracia: entre faticidade e validade*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. v. I e II.
- GONZALEZ, Lélia. *Por um feminismo afro-latino-americano: ensaios, intervenções e diálogos*. RIOS, Flávia; LIMA, Márcia [Orgs.]. 1ª ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2020.
- ISSE, Rosemeri. *Educação Estética: uma ponte entre Schüller e Habermas*. Dissertação. 2007. (Mestrado em Educação) - Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2007.
- MATIDA, Janaína. O que deve significar o especial valor probatório da palavra da vítima nos crimes de gênero. *Trincheira Democrática* (Boletim Revista Do Instituto Baiano De Direito Processual Penal), Salvador, Ano 2, nº 3, p. 7-9, Junho/2019. Disponível em: [http://www.ibadpp.com.br/novo/wpcontent/uploads/2019/08/TRINCHEIRA\\_JUNHO\\_WEB.pdf](http://www.ibadpp.com.br/novo/wpcontent/uploads/2019/08/TRINCHEIRA_JUNHO_WEB.pdf). Acesso em: 25 abr. 2021.
- MENDES, Soraia da Rosa. Irmãs, Companheiras ou Parceiras: a dimensão política dos lugares das mulheres nas Ciências Criminais. In: Elaine Pimentel; Elita Morais Dorvillé. (Org.). *Mulheres, Feminismos e Interseccionalidade nas Ciências Criminais: escritos em homenagem à Sueli Carneiro*. 1ed.: , 2019, v. 1, p. 175-182.
- MENDES, Soraia da Rosa. *Processo Penal Feminista*. São Paulo: Atlas, 2020.
- NUNES, Dierle José Coelho; BARROS, F. M. de . Premissas para a Discussão das Reformas Processuais no Brasil. In: BARROS, Flaviane de Magalhães; BOLZAN DE MORAIS, Jose Luis. (Org.). *Reforma do processo civil: perspectivas constitucionais*. 1ed. Belo Horizonte: Fórum, 2010, v. 1, p. 1-35.
- NUNES, Dierle José Coelho. *Processo Jurisdicional Democrático*. Curitiba: Juruá, 2008.
- NUNES, Dierle José Coelho; THEORODO JR, Humberto. Uma dimensão que urge reconhecer ao contraditório no direito brasileiro: sua aplicação como garantia de influência, de não surpresa e de aproveitamento da atividade processual. *Revista de Processo*, v. 168, p. 107-141, 2009
- RESTA, Eligio. *Diritto vivente*. Roma: Laterza, 2009.
- RESTA, Eligio. *La certezza e la speranza. Saggio su diritto e violenza*. Roma-Bari: Laterza, 2006b.
- RESTA, Eligio. *Il diritto fraterno*. 2ed. Roma- Bari: Laterza, 2006a.

- SAFFIOTI, Heleieth I. B. *Gênero, patriarcado, violência*. São Paulo: Editora Fundação Perseu Abramo, 2011. Disponível em: [https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/1741437/mod\\_resource/content/1/G%C3%AAnero%2C%20Patriarcado%2C%20Viol%C3%AAncia%20%20%28livro%20completo%29.pdf](https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/1741437/mod_resource/content/1/G%C3%AAnero%2C%20Patriarcado%2C%20Viol%C3%AAncia%20%20%28livro%20completo%29.pdf). Acesso em 23: abr. 2023.
- SANTOS, Benedito Rodrigues dos; GONÇALVES, Itamar Batista; ALVES JÚNIOR, Reginaldo Torres (orgs.). *Protocolo Brasileiro de Entrevista Forense com Crianças e Adolescentes Vítimas ou Testemunhas de Violência*. Brasília, 2020. Disponível em: [https://www.childhood.org.br/childhood/publicacao/protocolo\\_entrevista\\_WEB.pdf](https://www.childhood.org.br/childhood/publicacao/protocolo_entrevista_WEB.pdf). Acesso em: 17 abr. 2023.
- SILVA, Mariana Gonçalves de Souza. *A sobrevitimização da mulher negra pelo Sistema Penal Brasileiro: uma análise a partir de estudo de caso de audiência de instrução e julgamento no crime de estupro*. 2022. Dissertação (Mestrado em Direito) –Universidade Federal de Ouro Preto, Ouro Preto, 2022.
- SULOCKY, Victoria Amalia de B. C. D. *Museu de novidades: discursos da ideologia da defesa social nas decisões judiciais neste início de século XXI*. Tese (Doutorado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2010.
- VALENÇA, Manuela Abath; MELLO, Marília Montenegro Pessoa de. “Pancada de amor não dói”: a audiência de custódia e a visibilidade invertida da vítima nos casos de violência doméstica. *Rev. Direito e Práxis*, Rio de Janeiro, v. 11, n. 02, p. 1238-1274, 2020.
- VALENÇA, Manuela. Julgando a liberdade em linha de montagem: uma observação etnográfica dos julgamentos dos Habeas Corpus nas sessões das Câmaras Criminais do TJPE. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, [S. l.], v. 116, p. 207-238, set./out. 2015.

# O CRIME DE ESTUPRO PODE OCORRER DE FORMA VIRTUAL?

CAN THE CRIME OF RAPE OCCUR VIRTUALLY?

MARLI MARLENE MORAES DA COSTA<sup>1</sup>

JULIA PATRÍCIA STAUB<sup>2</sup>

**RESUMO:** É inegável que as novas tecnologias proporcionaram a humanidade uma série de benefícios e sua evolução representa um marco profundo na história do mundo, mas por outro lado, a forma como a utilizamos pode gerar benefícios e desafios aos usuários (as) das redes on-line. Entre os pontos negativos podemos enfatizar os “crimes virtuais”. Neste contexto, tem-se como objetivo geral da pesquisa analisar a aplicação do direito penal em face da criminalidade cibernética, especialmente no que tange ao crime de estupro cometido de forma virtual. Assim, pretendeu-se responder ao seguinte problema de pesquisa: o delito de estupro, previsto no artigo 213 do Código Penal, pode ser cometido de forma virtual? Aplicou-se o método dedutivo, assim como as técnicas de pesquisa bibliográfica, jurisprudencial e documental. Além disso, especificaram-se três objetivos para estudo em cada um dos tópicos de desenvolvimento, sejam eles: (i) contextualizar sobre os crimes cibernéticos e a aplicação do direito penal; (ii) verificar os elementos constitutivos do artigo 213 do Código Penal, que tipifica o crime de estupro; (iii) analisar o entendimento doutrinário e jurisprudencial acerca da possibilidade de cometimento do crime de estupro de forma virtual. Frente a isso, em suma, concluiu-se que é possível o enquadramento do estupro virtual na atual redação do artigo 213 do Código Penal. Contudo, a falta de previsão expressa acerca dessa possibilidade abre margem para interpretações divergentes, de modo que se mostra oportuna a previsão legal expressa acerca da aplicabilidade do artigo 213 do Código Penal para o chamado “estupro virtual”.

1 Doutora em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina - UFSC, com Pós-Doutoramento em Direitos Sociais pela Universidade de Burgos-Espanha, com Bolsa Capes. Professora da Graduação, Mestrado e Doutorado em Direito da Universidade de Santa Cruz do Sul-RS UNISC. Coordenadora do Grupo de Estudos Direito, Cidadania e Políticas Públicas. MBA em Gestão de Aprendizagem e Modelos Híbridos de Educação. Especialista em Direito Processual Civil. Psicóloga com Especialização em Terapia Familiar Sistêmica. Membro do Conselho Consultivo da Rede de Pesquisa em Direitos Humanos e Políticas Públicas. Membro do Núcleo de Estudos Jurídicos da Criança e do Adolescente - NEJUSCA/UFSC. Membro do Conselho Editorial de inúmeras revistas qualificadas no Brasil e no exterior. Autora de livros e artigos em revistas especializadas. ORCID: <http://orcid.org/0000-0003-3841-2206>.

2 Mestranda no Programa de Pós-Graduação em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul - UNISC na linha de Políticas Públicas de Inclusão Social. Pós-graduada em Direito Penal e Processo Penal prático contemporâneo pela UNISC. Integrante do Grupo de Pesquisa em Direito, Cidadania e Políticas Públicas, coordenado pela Professora Dra. Marli Marlene Moraes da Costa, vinculado ao PPGD/UNISC e certificado pelo CNPq. Mentora de estudantes durante a preparação para o Exame de Ordem no Centro de Ensino Integrado Santa Cruz. ORCID: <https://orcid.org/0009-0001-7470-732X>.



**PALAVRAS-CHAVE:** Crimes virtuais. Crimes cibernéticos. Dignidade sexual. Estupro virtual.

**ABSTRACT:** It is undeniable that new technologies have provided humanity with a series of benefits and their evolution represents a profound milestone in the history of the world, but on the other hand, the way we use them can generate benefits and challenges for users of online networks. . Among the negative points we can emphasize “virtual crimes”. In this context, the general objective of the research is to analyze the application of criminal law in the face of cybercrime, especially with regard to the crime of rape committed virtually. Thus, we intended to answer the following research problem: can the crime of rape, provided for in article 213 of the Penal Code, be committed virtually? The deductive method was applied, as well as bibliographic, jurisprudential and documentary research techniques. Furthermore, three objectives were specified for study in each of the development topics, namely: (i) contextualize cybercrimes and the application of criminal law; (ii) verify the constituent elements of article 213 of the Penal Code, which typifies the crime of rape; (iii) analyze the doctrinal and jurisprudential understanding regarding the possibility of committing the crime of rape virtually. In view of this, in short, it was concluded that it is possible to classify virtual rape in the current wording of article 213 of the Penal Code. However, the lack of express provision regarding this possibility leaves room for divergent interpretations, so that the express legal provision regarding the applicability of article 213 of the Penal Code for the so-called “virtual rape” appears to be opportune.

**KEYWORDS:** Virtual crimes. Cyber crimes. Sexual dignity. Virtual rape.

**SUMÁRIO:** 1 Considerações Iniciais; 2 Os crimes cibernéticos e aplicação do direito penal; 3 A tipificação do crime de estupro; 4 O crime de estupro virtual; 5 Considerações finais; Referências bibliográficas.

## 1 Considerações Iniciais

Com os avanços tecnológicos, crimes que eram praticados somente no plano físico passam a ser cometidos também no plano virtual, surgindo os cibercrimes. Verifica-se que os criminosos se aproveitam das vantagens oferecidas pela internet e pelas redes sociais para a prática de condutas ilícitas, como, por exemplo, crimes contra a dignidade sexual. Dentre os crimes cometidos virtualmente, verifica-se de forma cada vez mais frequente casos em que o agente, por meio das redes sociais, constrange a vítima, mediante grave ameaça, a filmar se praticando atos libidinosos.

Nesse sentido, questiona-se: o delito de estupro, previsto no artigo 213 do Código Penal, pode ser cometido de forma virtual? Dessa forma, o presente estu-

do busca, como objetivo geral, analisar qual o tipo penal que deve ser aplicado as condutas que se enquadram nos elementos contidos no crime de estupro, mas são cometidos de forma virtual, por meio das redes sociais.

Para tanto, busca-se satisfazer os seguintes objetivos específicos: (i) contextualizar sobre os crimes cibernéticos e a aplicação do direito penal; (ii) verificar os elementos constitutivos do artigo 213 do Código Penal, que tipifica o crime de estupro; (iii) analisar o entendimento doutrinário e jurisprudencial acerca da possibilidade de cometimento do crime de estupro de forma virtual.

Assim sendo, estrutura-se o trabalho em três tópicos, além das considerações iniciais e das considerações finais. Num primeiro momento, objetiva-se contextualizar e dispor sobre os cibercrimes e como do direito penal se aplica as condutas cometidas por meio virtual. No tópico seguinte, verifica-se quais são os elementos constitutivos do tipo penal que define o crime de estupro, tendo em vista que, para que uma conduta seja definida como crime, ela deve se ajustar integralmente ao padrão legal de conduta proibida. E por último, analisa-se o entendimento doutrinário e jurisprudencial acerca da possibilidade de aplicação do artigo 213 do Código Penal para condutas realizadas por meio virtual, sem contato físico entre o agressor e a vítima.

A temática desta pesquisa é relevante e imprescindível, tendo em vista que aborda questões que envolvem os crimes contra a dignidade sexual, os quais constituem grave violação a dignidade da pessoa humana e geram severos prejuízos físicos, morais e psicológicos para as vítimas, inclusive quando praticados de forma virtual. As salas virtuais constituem território livre, onde as diferentes concepções de sujeito transitam e interagem conforme o desejo de cada um. Realidade esta, que permite ao sujeito desmembrar sua identidade em várias, de forma a permitir-lhe vivenciar uma nova identidade, ou outras novas identidades de acordo com sua fantasia e desejo. Dessa forma, na sala virtual há um laboratório de subjetividades envolvendo relações afetivo-sexuais virtuais, em outras palavras, a internet é uma trilha confortável para quem quer cometer crimes sem se expor diretamente.

A metodologia que se adota, na presente pesquisa, consiste no método de abordagem dedutivo, uma vez que se parte de uma contextualização e abordagem geral dos crimes cibernéticos e, após, a pesquisa é direcionada para pontos específicos de estudo. Além disso, aplicam-se as técnicas de pesquisa bibliográfica e documental, especialmente através de artigos científicos, livros, relatórios e legislação competente.

## 2 Os crimes cibernéticos e aplicação do direito penal

O período atual em que estamos vivendo se caracteriza pelo rápido avanço da tecnologia em todas as áreas da sociedade, bem como pela expansão da internet, redes sociais, automação de processos e conectividade cada vez maior entre pessoas e máquinas<sup>3</sup>. A internet trouxe, por um lado, inúmeros benefícios. Contudo, por outro lado, com ela também surgem novas formas de violação de bens jurídicos protegidos pelo ordenamento, os quais passaram a ser realizados não mais no plano físico, mas no plano virtual<sup>4</sup>.

A criminalidade cibernética se tornou uma preocupação mundial, evidenciada pela Convenção sobre o Crime Cibernético, buscando conferir segurança jurídica e, ao mesmo tempo, ser adaptável à constante evolução tecnológica. A convenção foi aberta para assinatura em 2001, em Budapeste, e se mantém relevante e atual, mesmo passados mais de vinte anos desde sua entrada em vigor na ordem internacional. Ela foi ratificada por 68 Estados, membros e não membros do Conselho da Europa, tendo o Brasil ratificado a Convenção em 2022 e a promulgado internamente com o Decreto 11.491/2023<sup>5</sup>.

Para iniciar o assunto, se mostra importante entender o que se quer expressar ao falar de cibercrimes, também conhecidos como crimes virtuais ou crimes digitais. Os cibercrimes são atividades criminosas que ocorrem no ambiente virtual e podem envolver diversas atividades roubo de informações, fraudes, ataques de hackers, assédio online, entre outros<sup>6</sup>. Eles são divididos em dois grandes grupos: o primeiro grupo se refere aos crimes violadores do computador e seus componentes; o segundo, aos crimes violadores de bens jurídicos que já estão protegidos pelo ordenamento há tempos, sendo a internet utilizada como meio de cometer o ilícito<sup>7</sup>.

Apesar de ser recente adesão à Convenção de Budapeste, o Brasil já havia constatado a necessidade da criminalização de determinadas condutas que nela

3 GUIMARÃES, Gabriela Freitas; STEFANINI, Marília Rulli. **Crimes Cibernéticos e a Violência Contra a Mulher**: a legislação brasileira no combate aos ataques virtuais. Guarujá-SP: Científica Digital, 2023.

4 AYLON, Lisiane Ledier; GIOLO JÚNIOR, Cildo. **Uso da tecnologia para fins ilícitos**: A violação da intimidade por meio de crimes informáticos. Florianópolis, SC: Revista de Direito Brasileira, v. 29, n. 11, p. 305-323, mai./ago. 2021. Disponível em: <https://www.indexlaw.org/index.php/rdb/article/view/7335/5821>. Acesso em: 10 ago. 2023.

5 MURATA, Ana Maria Lumi Kamimura; TORRES, Paula Ritzmann. **A convenção de budapeste sobre os crimes cibernéticos foi promulgada, e agora?** Boletim IBCCRIM, ano 31, n. 368, jun. de 2023. Disponível em: [https://publicacoes.ibccrim.org.br/index.php/boletim\\_1993/article/view/575/108](https://publicacoes.ibccrim.org.br/index.php/boletim_1993/article/view/575/108). Acesso em: 22 ago. de 2023.

6 GUIMARÃES, Gabriela Freitas; STEFANINI, Marília Rulli. **Crimes Cibernéticos e a Violência Contra a Mulher**: a legislação brasileira no combate aos ataques virtuais. Guarujá-SP: Científica Digital, 2023.

7 AYLON, Lisiane Ledier; GIOLO JÚNIOR, Cildo. **Uso da tecnologia para fins ilícitos**: A violação da intimidade por meio de crimes informáticos. Florianópolis, SC: Revista de Direito Brasileira, v. 29, n. 11, p. 305-323, mai./ago. 2021. Disponível em: <https://www.indexlaw.org/index.php/rdb/article/view/7335/5821>. Acesso em: 10 ago. 2023.

estão previstas, como o delito de invasão de dispositivo informático, previsto no art. 154-A do Código Penal (acrescentado pela Lei 12.737/2012 e modificado pela Lei 14.155/2021); o delito de pornografia infantil, previsto no art. 241 e seguintes do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 11.829/2008); o delito de violação de direito autoral, previsto no art. 184 do Código Penal (Lei 10.695/2003). Nestes casos, a Convenção sobre o Crime Cibernético já tem aplicabilidade imediata, tendo em vista que já existe um tipo penal equivalente em vigor dentro do nosso ordenamento jurídico<sup>8</sup>.

Tem-se que a adesão à Convenção significa um passo importante para o combate aos crimes cibernéticos, mas ela, por si só, não tipifica condutas, sendo necessária a complementação legal para que as medidas criadas sejam, de fato, aplicadas. Nesse sentido, é importante que se tenha cuidado com a tipificação de novas condutas, para que não ocorra sobreposição com os tipos penais já existentes atualmente ou excesso punitivo<sup>9</sup>. Assim, percebe-se que é necessária a tipificação de algumas novas condutas que surgem com o avanço da internet, mas que em outros casos as condutas praticadas já estão tipificadas no ordenamento jurídico, somente mudando a forma de cometimento do delito, que deixa de ser presencial, para ocorrer por meio da internet. Nesses casos, é possível a aplicação dos tipos penais já existentes, visto que as condutas se adequam a eles.

Dentre as novas modalidades de conduta criminosas originadas do uso indevido das redes sociais, válido destacar, dentro do objetivo proposto no presente trabalho, a “sextorsão”. A “sextorsão”, termo que se refere à junção das palavras “sexo” e “extorsão”, diz respeito à exigência do envio de material erótico ou à prestação de favores sexuais mediante ameaças de divulgação de vídeos ou fotos de conteúdo pornográfico ou sexualmente explícito, bem como de outras informações confidenciais<sup>10</sup>.

Válido ressaltar que a sextorsão, embora possa ocorrer contra homens e mulheres, encontra nas vítimas do sexo feminino os seus principais alvos<sup>11</sup>. O que se percebe, diante disso, é que as discriminações construídas socialmente são repro-

8 MURATA, Ana Maria Lumi Kamimura; TORRES, Paula Ritzmann. **A convenção de budapeste sobre os crimes cibernéticos foi promulgada, e agora?** Boletim IBCCRIM, ano 31, n. 368, jun. de 2023. Disponível em: [https://publicacoes.ibccrim.org.br/index.php/boletim\\_1993/article/view/575/108](https://publicacoes.ibccrim.org.br/index.php/boletim_1993/article/view/575/108). Acesso em: 22 ago. de 2023.

9 MURATA, Ana Maria Lumi Kamimura; TORRES, Paula Ritzmann. **A convenção de budapeste sobre os crimes cibernéticos foi promulgada, e agora?** Boletim IBCCRIM, ano 31, n. 368, jun. de 2023. Disponível em: [https://publicacoes.ibccrim.org.br/index.php/boletim\\_1993/article/view/575/108](https://publicacoes.ibccrim.org.br/index.php/boletim_1993/article/view/575/108). Acesso em: 22 ago. de 2023.

10 STOCO, Isabela Maria; BACH, Marion. **A mulher como vítima de crimes virtuais: a legislação e a jurisprudência brasileira.** Programa de Apoio à Iniciação Científica, 2017-2018. Disponível em: <https://cadernopaic.fae.emnuvens.com.br/cadernopaic/article/viewFile/311/281>. Acesso em: 22 ago. de 2023.

11 CASTRO, Ana Lara Camargo de; SYDOW, Spencer Toth. **Sextorsão.** Revista Liberdades, ed. 21, jan./abr. de 2016. Disponível em: [https://ibccrim.org.br/media/posts/arquivos/26/Liberdades21\\_Artigo01.pdf](https://ibccrim.org.br/media/posts/arquivos/26/Liberdades21_Artigo01.pdf). Acesso em: 25 ago. 2023.

duzidas nos espaços virtuais e podem ser componentes para reforçar as diversas formas de violência contra as mulheres, como a violência sexual<sup>12</sup>.

De acordo com a delegada titular da Delegacia de Atendimento à Mulher de Duque de Caxias, Fernanda Fernandes, o aumento no número de casos de violência virtual que chega à polícia é significativo, sendo que as ocorrências mais comuns envolvem a violação da dignidade sexual<sup>13</sup>. Tal situação demonstra a importância de um olhar atento para essas novas modalidades de condutas criminosas, na medida em que a utilização da internet como ferramenta de violência contra a mulher afeta de maneira extremamente significativa a vida das vítimas, seja pelo crime sofrido ou pelo linchamento moral decorrente da exposição da sua intimidade, levando meninas e mulheres a abandonarem os ambientes sociais e educacionais e, em casos mais extremos, até a tirarem a própria vida por não suportarem o sofrimento e os julgamentos sociais que culpabilizam a vítima pela exposição pornográfica<sup>14</sup>. O fenômeno evidencia ser um problema social que constitui flagrante violação aos direitos humanos das vítimas<sup>15</sup>.

Percebe-se, portanto, que se trata de um problema grave, que necessita a adoção de medidas por parte do Estado. Em relação ao enquadramento da conduta da “sextorsão” na legislação em vigor atualmente, tem-se que não há um tipo penal específico, de modo que a conduta pode se enquadrar em diferentes tipos penais, a depender das circunstâncias do caso. De acordo com o entendimento do doutrinador Rogério Sanches, podem-se vislumbrar três figuras criminosas às quais a conduta pode se enquadrar: a) nos casos em que o agente simplesmente constrange a vítima a não fazer o que a lei permite, ou a fazer o que ela não manda, há constrangimento ilegal, previsto no artigo 146 do Código Penal; b) nos casos em que se constrange a vítima, com o intuito de obter para si ou para outrem indevida vantagem econômica, a fazer, tolerar que se faça ou deixar de fazer alguma coisa, há o crime de extorsão, previsto no artigo 158 do Código Penal; c) por fim, nos casos em que se constrange a vítima à prática de atividade sexual, haveria o crime de estupro, previsto no artigo 213 do Código Penal<sup>16</sup>.

- 12 GUIMARÃES, Gabriela Freitas; STEFANINI, Marília Rulli. **Crimes Cibernéticos e a Violência Contra a Mulher**: a legislação brasileira no combate aos ataques virtuais. Guarujá-SP: Científica Digital, 2023.
- 13 AMAERJ. **Aumenta o número de crimes virtuais contra mulheres**. Disponível em: <https://amaerj.org.br/noticias/aumenta-o-numero-de-crimes-virtuais-contra-mulheres/>. Acesso em: 10 ago. 2023.
- 14 COSTA, Marli Marlene Moraes da; FREITAS, Maria Victória Pasquoto de. **Reveng porn**: por que as mulheres sofrem mais? Revista da Jornada de Pós-graduação e Pesquisa. Congrega Urcamp, vol. 16, n. 16, 2020. Disponível em: <http://revista.urcamp.edu.br/index.php/rcjppg/article/view/3935/2700>. Acesso em: 25 ago. 2023.
- 15 GUIMARÃES, Gabriela Freitas; STEFANINI, Marília Rulli. **Crimes Cibernéticos e a Violência Contra a Mulher**: a legislação brasileira no combate aos ataques virtuais. Guarujá-SP: Científica Digital, 2023.
- 16 CUNHA, Rogério Sanches. **Manual de direito penal**: parte especial (arts. 121 a 361). 12. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2020.

Contudo, não é pacífico o entendimento de que seria possível a aplicação do artigo 213 do Código Penal para os casos de crimes cometidos de forma virtual. Com o intuito de dirimir essa dúvida – objetivo do presente trabalho – iremos analisar, a seguir, o tipo penal que define o crime de estupro para, ao final do presente artigo, analisar a sua aplicabilidade na modalidade virtual.

### 3 A tipificação do crime de estupro

O conceito de crime é construído artificialmente, não dependendo de fatores naturais, de modo que se torna impossível classificar uma conduta ontologicamente como criminosa. A responsabilidade pela criação inicial do conceito de crime recai sobre a sociedade, que utiliza essa designação para caracterizar condutas ilícitas mais sérias, sujeitas a punições mais severas. Nesse contexto, é incumbência do legislador converter essa concepção em definições legais específicas, estabelecendo as leis que viabilizarão o enquadramento de condutas como crime<sup>17</sup>.

De acordo com Michel Foucault: “É verdade que é a sociedade que define, em função de seus interesses próprios, o que deve ser considerado como crime: este, portanto, não é natural”<sup>18</sup>. Nucci<sup>19</sup> corrobora com as ideias de Foucault ao afirmar ser a sociedade quem define, em função de seus interesses próprios, o que deve ser considerado como crime, assim sendo, o sensor que estabelece qual conduta é passiva de ser interpretada como crime, e descreve de forma a tipificar que tal conduta não será tolerada. É fato que com o crescimento da sociedade e o avanço da tecnologia, se torna sumamente importante haver sensibilidade para novas condutas que podem adentrar na esfera de comportamento não aceitável, ou como chama o autor, comportamento desviante, necessite, ser criminalizado a bem do todo social.

A Constituição Federal, por sua vez, estabelece em seu artigo 5º, inciso XXXIX, que “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”. No mesmo sentido é a previsão que consta no artigo 1º do Código Penal. Isso significa que a responsabilidade de definir, ou seja, de descrever as condutas criminosas, é atribuída à legislação. Nesse sentido, surge o conceito de tipo legal, o qual é considerado um modelo descritivo das ações humanas passíveis de serem consideradas criminosas, estabelecido pela lei penal com a finalidade de assegurar o direito à liberdade<sup>20</sup>.

17 NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de direito penal**. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

18 FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir** – Nascimento da prisão. Trad. Raquel Ramalhet. 25. ed. Petrópolis: Vozes, 2002. p. 87.

19 NUCCI, Guilherme de Souza. **Código penal comentado**. 17. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

20 CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal: parte geral** - v.1. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2023a. E-book.

O fato típico refere-se a uma ação humana que se ajusta integralmente ao padrão legal de conduta proibida, correspondendo à descrição completa dos elementos constitutivos do tipo penal. Por exemplo, quando alguém dispara uma arma de fogo contra outra pessoa, resultando em morte, tal ação é considerada fato típico, visto que se adequa completamente ao modelo legal da conduta proibida de “matar alguém”, em conformidade com os componentes do tipo penal que definem o crime de homicídio, previsto no art. 121 do Código Penal<sup>21</sup>.

A tipicidade, um dos elementos do fato típico, se caracteriza pela subsunção da conduta desenvolvida pelo agente ao modelo de conduta proibida descrito num tipo penal, ou seja, para que uma determinada conduta praticada por um agente seja considerada típica, é necessário que ela se enquadre de maneira precisa na descrição presente em um dispositivo legal que defina uma infração penal<sup>22</sup>.

Dessa forma, para que um fato seja enquadrado como crime, ele precisa se adequar aos elementos constitutivos do tipo penal. Diante disso, de suma importância a análise do tipo penal do crime de estupro, que se encontra previsto no artigo 213 do Código Penal, no título “Dos Crimes Contra A Dignidade Sexual”, para identificar as condutas que nele podem ser enquadradas.

Válido ressaltar que o artigo em vigor possui redação dada pela Lei n. 12.015/2009, a qual trouxe importantes alterações. Na redação original do Código Penal, estabelecida pelo Decreto-lei 2.848/1940, existiam dois crimes sexuais cometidos com emprego de violência ou grave ameaça, definidos no título dos “crimes contra os costumes”: estupro, previsto no artigo 213 do Código Penal, e atentado violento ao pudor, previsto no artigo 214 do Código Penal<sup>23</sup>.

O artigo 213 do Código Penal possuía a seguinte redação: “Art. 213 - Constranger mulher à conjunção carnal, mediante violência ou grave ameaça: Pena - reclusão, de três a oito anos.”. Além disso, o artigo 214 do Código Penal tipificava o atentado violento ao pudor: “Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a praticar ou permitir que com ele se pratique ato libidinoso diverso da conjunção carnal: Pena - reclusão de dois a sete anos”. Com a entrada em vigor da Lei n. 12.015/2009, o artigo 214 do Código Penal foi revogado e o artigo 213 do Código Penal passou a vigorar com a seguinte redação: “Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a ter conjunção carnal ou a praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso: Pena - reclusão, de 6 (seis) a 10 (dez) anos.”. A legislação também alterou a nomenclatura do título VI do Código Penal,

21 AHMAD, Nidal. **Manual de Direito Penal**: Parte Geral. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Juspodivm, 2023.

22 AHMAD, Nidal. **Manual de Direito Penal**: Parte Geral. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Juspodivm, 2023.

23 MASSON, Cleber. **Direito penal**: parte especial - arts. 213 a 359-h. 8. ed. São Paulo: Forense, 2018.

que deixou de ser os “crimes contra os costumes” e passou a ser os “crimes contra a dignidade sexual”.

A modificação introduzida pela Lei n. 12.015/2009 resultou na eliminação da distinção entre os crimes de estupro e atentado violento ao pudor, passando a agrupá-los sob a designação única de estupro. Na legislação anterior, o estupro era definido exclusivamente pela prática de conjunção carnal, restrita à penetração do pênis na vagina, limitando o sujeito ativo ao sexo masculino contra vítimas do sexo feminino. Por outro lado, o atentado violento ao pudor (anteriormente regulado pelo art. 214 do Código Penal) englobava outras atividades libidinosas (como sexo anal, oral e outras práticas), e poderia ser cometido por indivíduos de qualquer gênero contra quaisquer vítimas. Com a nova legislação, essa distinção foi eliminada, de modo que o estupro abarca tanto a conjunção carnal, quanto os atos libidinosos<sup>24</sup>.

Dessa forma, percebe-se que a Lei n. 12.015/2009 provocou importantes modificações no Título VI do Código Penal, que passou a tratar diretamente da proteção da dignidade sexual, conectada intrinsecamente à liberdade e à possibilidade de escolha de parceiros. Essa mudança encerrou definitivamente o uso da antiquada terminologia “crimes contra os costumes”, reconhecendo que delitos sexuais cometidos de maneira violenta ou fraudulenta afetam diretamente a dignidade, a liberdade e a integridade pessoal dos indivíduos<sup>25</sup>.

Válido ressaltar que a referida legislação também modificou o art. 1º, inciso V, da Lei n. 8.072/90, classificando como hediondo o “estupro (art. 213, caput, e §§ 1º e 2º)”, eliminando qualquer ambiguidade e deixando explícito que o estupro simples também é considerado um crime hediondo, além de suas formas qualificadas<sup>26</sup>.

Analisando a atual redação do artigo 213 do Código Penal, verifica-se que ele possui os seguintes elementos objetivos: constranger (tolher a liberdade, forçar ou coagir) alguém (pessoa humana), mediante o emprego de violência ou grave ameaça, à conjunção carnal (cópula entre pênis e vagina), ou à prática (forma comissiva) de outro ato libidinoso (qualquer contato que propicie a satisfação do prazer sexual, como, por exemplo, o sexo oral ou anal, ou o beijo lascivo), bem como a permitir que com ele se pratique (forma passiva) outro ato libidinoso<sup>27</sup>. “Constranger” significa coagir alguém a fazer ou deixar de fazer algo, consistindo,

24 GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. **Direito penal**: dos crimes contra a dignidade sexual aos crimes contra a administração pública. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2020. E-book.

25 BITENCOURT, Cezar Roberto. **Código Penal comentado**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2019. E-book.

26 GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. **Curso de direito penal**: parte especial - arts. 184 a 359-H. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2023. E-book.

27 NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de direito penal**. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.



em suma, no comportamento de retirar de uma pessoa sua liberdade de autodeterminação. Inicialmente, portanto, o estupro em muito se assemelha ao crime de constrangimento ilegal, definido no art. 146 do Código Penal<sup>28</sup>.

“Alguém” é o sujeito passivo, que pode ser homem ou mulher, mas a realidade é que a maioria das vítimas acaba sendo mulher. Antes da Lei 12.015/2009, a vítima do estupro só poderia ser pessoa do sexo feminino, já que a lei falava em “constranger mulher à conjunção carnal”. Contudo, atualmente o art. 213 do Código Penal contempla um crime bicomum, ou seja, qualquer pessoa pode figurar tanto como sujeito ativo quanto como sujeito passivo<sup>29</sup>.

“Mediante violência ou grave ameaça” significa que a violência pode ser física (*vis absoluta* ou *vis corporalis*) ou moral (*grave ameaça, vis compulsiva*). Violência (*vis absoluta* ou *vis corporalis*) é o emprego de força física sobre a vítima, consistente em lesões corporais ou vias de fato<sup>30</sup>. A violência moral, por sua vez, caracteriza-se pela ameaça, pela promessa de causar à pessoa dano determinado e grave. Deve ser séria e realizável, capaz de produzir na vítima o temor que a leve a ceder. É necessário, pois, que se analise a ameaça levando em consideração o efeito por ela produzido no ofendido, capaz ou não de levá-lo, pelo medo, a ceder<sup>31</sup>.

“Conjunção carnal” é a cópula vagínica, ou seja, a introdução total ou parcial do pênis na vagina. Por fim, “atos libidinosos” são os atos revestidos de conotação sexual, com exceção da conjunção carnal, tais como o sexo oral, o sexo anal, os toques íntimos, a introdução de dedos ou objetos na vagina, a masturbação<sup>32</sup>.

Dessa forma, percebe-se que a inclusão do ato libidinoso deixou o crime mais amplo e, conseqüentemente, acaba abrindo margem para a discussão sobre a necessidade de contato físico ou não para o cometimento do crime. De um lado, há quem entende que a alteração possibilitou o cometimento do crime de estupro mesmo sem o contato físico. De outro lado, há quem entende que é necessário o contato físico para a configuração do crime de estupro, de modo que sem o contato somente poderiam restar configurados os crimes de constrangimento ilegal ou importunação sexual.

O crime de constrangimento ilegal, previsto no artigo 146 do Código Penal, é tacitamente subsidiário em relação ao crime de estupro. Isso significa que se, no caso concreto, não restar caracterizado que o constrangimento, praticado mediante violência ou grave ameaça, tinha por finalidade a prática de conjunção carnal

28 MASSON, Cleber. **Direito penal**: parte especial – arts. 213 a 359-h. 8. ed. São Paulo: Forense, 2018.

29 MASSON, Cleber. **Direito penal**: parte especial – arts. 213 a 359-h. 8. ed. São Paulo: Forense, 2018.

30 MASSON, Cleber. **Direito penal**: parte especial – arts. 213 a 359-h. 8. ed. São Paulo: Forense, 2018.

31 JESUS, Damásio de. **Direito Penal** 3. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. E-book.

32 MASSON, Cleber. **Direito penal**: parte especial – arts. 213 a 359-h. 8. ed. São Paulo: Forense, 2018.

ou qualquer ato libidinoso, possível incidir o crime de constrangimento ilegal. Já o crime de importunação sexual, previsto no art. 215-A do CP, é expressamente subsidiário em relação ao crime de estupro, tendo em vista que incidirá “se o ato não constitui crime mais grave”. Logo, o delito de importunação sexual somente incidirá se a conduta do agente não caracterizar crime mais grave, como, por exemplo, estupro ou estupro de vulnerável<sup>33</sup>.

De acordo com Rogério Sanches, a maioria da doutrina entende que não há necessidade de contato físico entre o autor e a vítima, cometendo o crime o agente que, para satisfazer a sua lascívia, ordena que a vítima explore o seu próprio corpo, por meio da masturbação, somente para contemplação<sup>34</sup>. Para Masson<sup>35</sup>, nas condutas de “praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso”, é dispensável o contato físico de natureza erótica entre o estuprador e a vítima. Exige-se, contudo, o envolvimento corporal do ofendido no ato de cunho sexual.

No mesmo sentido é o entendimento de Damásio de Jesus, seguindo o qual “não há necessidade de que a vítima pratique o ato libidinoso com o autor do crime. Pode ser levada a praticá-lo com terceiro (ou a permitir que este o pratique) ou ainda em si mesma, como na hipótese de automasturbação»<sup>36</sup>.

Gonçalves, por sua vez, afirma que

considerando que o delito de estupro engloba atualmente outros atos libidinosos além da conjunção carnal, forçoso concluir que para a sua configuração é desnecessário o contato físico entre o autor do crime e a vítima. Há crime, por exemplo, quando o agente introduz um vibrador no ânus da vítima contra a vontade desta ou quando a obriga a manter relação sexual com um animal. Configura-se igualmente o crime quando o sujeito obriga duas pessoas a manterem relação sexual contra a vontade delas<sup>37</sup>.

Dessa forma, Gonçalves entende que, para a configuração do estupro é desnecessário que haja contato físico entre a vítima e o agente, bastando o envolvimento corpóreo da vítima no ato de libidinagem, que pode ocorrer, por exemplo, caso o sujeito a obrigue a se automasturbar<sup>38</sup>.

33 AHMAD, Nidal. **Manual de Direito Penal**: Parte Geral. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Juspodivm, 2023.

34 CUNHA, Rogério Sanches. **Manual de direito penal**: parte especial (arts. 121 ao 361). 12. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2020.

35 MASSON, Cleber. **Direito penal**: parte especial - arts. 213 a 359-h. 8. ed. São Paulo: Forense, 2018.

36 JESUS, Damásio de. **Direito Penal** 3. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. E-book. p. 137.

37 GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. **Curso de direito penal**: parte especial - arts. 184 a 359-H. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2023. E-book. p. 124.

38 GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. **Direito penal**: dos crimes contra a dignidade sexual aos crimes contra a administração pública. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2020. E-book.

Em relação ao entendimento jurisprudencial sobre a necessidade de contato físico para configuração do crime de estupro, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Recurso Extraordinário com Agravo nº 1066864-RS, de relatoria do ministro Dias Toffoli, já sustentou o entendimento de que o crime de estupro prescinde a existência de contato físico entre o agente e a vítima<sup>39</sup>. No mesmo sentido já decidiu o Superior Tribunal de Justiça: “prescindível a ocorrência de efetivo contato físico para que se tenha consumado os atos lascivos diversos da conjunção carnal, e atentatórias à liberdade sexual da vítima”<sup>40</sup>, entendimento extraído do REsp nº 1.640.087-MG.

#### 4 O crime de estupro virtual

Com visto anteriormente, com a ampliação do uso das redes de computadores, internet e redes sociais, os criminosos passam a utilizar esses meios para o cometimento de crimes, que antes só ocorriam de forma presencial. Isso ocorreu com os crimes sexuais, que passam a ser cometidos virtualmente. Nesse sentido, a possibilidade de cometimento de estupro sem contato físico entre a vítima e o agressor abre margem para o debate acerca da possibilidade do cometimento do crime de estupro por meio da internet, ou seja, o estupro virtual.

De acordo com Masson<sup>41</sup>, seria possível o estupro virtual, tendo em vista que a conduta de “praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso”, prevista no artigo 213 do Código Penal, faz com que seja dispensável o contato físico de natureza erótica entre o estuprador e a vítima, sendo necessário, contudo, o envolvimento corporal da vítima no ato de cunho sexual. Para defender o seu posicionamento, Masson cita os seguintes exemplos:

(a) João aponta um revólver na direção de Maria, ordenando sua automasturbação; e (b) Paulo agride Teresa com socos e pontapés e, com a vítima enfraquecida, traz um cachorro para lambe suas partes íntimas. Abre-se espaço, dessa forma, ao estupro virtual, praticado à distância, mediante a utilização de algum meio eletrônico de comunicação (Skype, Whatsapp, Facetime etc.). Pensemos na situação em que o sujeito, apontando uma arma de fogo para a cabeça do filho de uma mulher, exige que esta, em outra cidade, se automasturbe à frente da câmera do celular. Estão presentes as elementares típicas do art. 213, caput, do Código

39 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ARE n. 1066864/RS. Recorrente: Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul. Recorrido: L.H.S.A. Relator: Min. Dias Toffoli, 17/08/2017. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/despacho772485/false>. Acesso em: 6 ago. 2023

40 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Quinta Turma). REsp n. 1.640.087/MG. PENAL. RECURSO ESPECIAL. ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. ART. 214, CAPUT, DO CÓDIGO PENAL. ATO LIBIDINOSO DIVERSO DA CONJUNÇÃO CARNAL. CONTATO FÍSICO ENTRE O AGENTE E A VÍTIMA. DESNECESSIDADE [...] Recorrente: Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Recorrido: R M DA S. Relator: Min. Ribeiro Dantas, 15/12/2016. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/ITA?seq=1564542&tipo=0&reg=201400598633&SeqCgrmaSessao=&CodOrgaoJgdr=&dt=20170201&formato=PDF&salvar=false>. Acesso em: 6 ago. 2023

41 MASSON, Cleber. **Direito penal**: parte especial – arts. 213 a 359-h. 8. ed. São Paulo: Forense, 2018.

Penal: houve constrangimento da mulher, mediante grave ameaça, a praticar ato libidinoso diverso da conjunção carnal, razão pela qual ao agente deverá ser imputado o crime de estupro<sup>42</sup>.

No mesmo sentido é o entendimento de Capez<sup>43</sup>, segundo o qual a evolução tecnológica desencadeou uma nova modalidade de crime sexual, o estupro virtual, no qual o agente faz contato com a vítima por meio das redes sociais e passa a obrigá-la, mediante a grave ameaça de exposição pública, a praticar sexo consigo mesma, masturbando-se, fazendo-se penetrar lascivamente objetos ou praticando algum ato sexual com terceiros. Para Capez, esse comportamento hediondo também pode ser enquadrado como crime de estupro, na forma do art. 213 do CP, pois se trata de autoria direta ou mediata, na qual o agente se vale de outra pessoa para praticar a ação delituosa no seu lugar. Dessa forma, mesmo sem realizar os atos materiais de execução na vítima, o agente será considerado o autor do crime<sup>44</sup>.

A possibilidade de consumação do crime de estupro de forma virtual também é defendida por Estefam, o qual cita como exemplo do delito nessa modalidade a seguinte situação:

uma criança recebe seu amiguinho em sua residência; aproveitando-se dessa circunstância, o genitor da criança faz chamada de vídeo com a mãe do amiguinho e, mediante grave ameaça de mal injusto e grave dirigido ao seu filho, determina a ela que se dispa e se masturbe, para que ele, pela interação proporcionada pelo vídeo, tenha o mesmo comportamento sexual, visando à satisfação de sua sexualidade<sup>45</sup>.

Gilaberte<sup>46</sup> adota posicionamento no mesmo sentido, entendendo que resta configurado o estupro virtual quando o sujeito ativo se vale dos meios instantâneos de comunicação audiovisual para constranger e observar o ato sexual praticado sobre o corpo da vítima. Segundo ele, estão presentes as práticas elementares do crime de estupro na conduta do agente que ameaça a vítima a expor fotos íntimas caso ela não concorde em se exibir pela webcam, inserindo objetos em seu conduto vaginal, na medida em que há grave ameaça, bem como o ato libidi-

42 MASSON, Cleber. **Direito penal**: parte especial - arts. 213 a 359-h. 8. ed. São Paulo: Forense, 2018. p. 92.

43 CAPEZ, Fernando. **Estupro real, virtual, simulação de arma e análise de casos**. São Paulo: Conjur, 2023b. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2023-jul-17/controversias-juridicas-estupro-real-virtual-simulacao-arma-analise-casos>. Acesso em: 25 ago. 2023.

44 CAPEZ, Fernando. **Estupro real, virtual, simulação de arma e análise de casos**. São Paulo: Conjur, 2023b. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2023-jul-17/controversias-juridicas-estupro-real-virtual-simulacao-arma-analise-casos>. Acesso em: 25 ago. 2023.

45 ESTEFAM, A.; MORAES, A. R. A. D.; VASCONCELOS, C.; CAPEZ, F.; BECHARA, F. R.; SMANIO, G. P.; DEZEM, G. M.; JUNQUEIRA, G.; FABRETTI, H. B.; MILEO, L.; SARRUBBO, M.; LOPES, M. T.; CAMPOS, P. F. D.; PARDAL, R.; VALLE, S.; GONCALVES, V. E. R. **Direito Penal Contemporâneo**. São Paulo: Saraiva, 2022. E-book. p. 481.

46 GILABERTE, Bruno. **Crimes contra a dignidade sexual**. 2. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2020. E-book. Disponível em: <https://plataforma.bvirtual.com.br>. Acesso em: 26 ago. 2023.

noso recai sobre o corpo da vítima, sendo irrelevante o distanciamento espacial. Percebe-se, portanto, que a possibilidade de configuração do crime de estupro na modalidade virtual tem sido admitida por diversos doutrinadores.

Por outro lado, na jurisprudência há divergências sobre a possibilidade. O Tribunal de Justiça de Minas Gerais já reconheceu a possibilidade do crime de “estupro virtual”, aplicando o artigo 213 do Código Penal para fatos ocorridos virtualmente. Em seu voto, o Desembargador Relator Marcílio Eustáquio Santos entendeu que se amolda perfeitamente ao tipo penal do artigo 213 do Código Penal a conduta do agente que, sem contato físico, constringiu a vítima à prática de ato libidinoso, ainda que em si mesma, por meio de grave ameaça da divulgação das fotografias e vídeos desnudos. Dessa forma, ao julgar a Apelação Criminal n. 1.0407.21.000969-9/001, o TJMG adotou o entendimento de que o delito do artigo 213 do Código Penal pode ser cometido de forma virtual, considerando que neste caso “o agente, mesmo sem manter contato físico com a vítima, utiliza dos meios de extorsão e chantagem para fazer com que a ofendida pratique com ele atos sexuais contra sua vontade, ferindo e lesionando gravemente o bem jurídico, liberdade sexual”<sup>47</sup>.

O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul também já reconheceu a existência do estupro virtual em um caso em que o agente, utilizando um perfil falso na rede social Facebook, através de conversas virtuais, persuadiu a vítima, que contava com 14 anos na época dos fatos, a enviar fotos e vídeos em situação de nudez. De posse do material, o agente passou a ameaçar a vítima, ordenando que ela se gravasse nua, simulando posições sexuais, e, posteriormente, que se masturbasse com o uso de uma escova. No caso, o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, ao julgar a Apelação Criminal n. 5023057-70.2018.8.21.0001/RS, entendeu correto o enquadramento da conduta do acusado no crime de estupro, previsto no artigo 213 do Código Penal, tendo em vista que o agente constrangeu a vítima, mediante grave ameaça, a praticar atos libidinosos<sup>48</sup>.

47 MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça de Minas Gerais (7. Câmara Criminal). **Apelação Criminal n. 1.0407.21.000969-9/001**. APELAÇÃO CRIMINAL. ESTUPRO VIRTUAL E REAL. VIOLAÇÃO SEXUAL MEDIANTE FRAUDE VIRTUAL. [...] Apelante: R.S.N. Apelado: Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Relator: Des. Marcílio Eustáquio Santos, 21 de junho de 2023. Disponível em: <https://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaPalavrasEspelhoAcordao.do?&numeroRegistro=1&totalLinhas=1&paginaNumero=1&linhasPorPagina=1&palavras=%2522estupro%20virtual%2522&pesquisarPor=ementa&orderByData=2&referenciaLegislativa=Clique%20na%20lupa%20para%20pesquisar%20as%20refer%EAncias%20cadastradas...&pesquisaPalavras=Pesquisar&>. Acesso em: 22 ago. de 2023.

48 RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (7. Câmara Criminal). **Apelação Criminal n. 5023057-70.2018.8.21.0001/RS**. APELAÇÃO CRIME. ESTUPRO VIRTUAL. ART. 213, § 1º, DO CP. CONDENAÇÃO. INCONFORMIDADE DEFENSIVA. PEDIDO DE ABSOLVIÇÃO. DESACOLHIMENTO. [...] Apelante: V. B. F. Apelado: Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul. Relator: Des. Luiz Mello Guimarães, 21 de novembro de 2022. Disponível em: [https://www.tjrs.jus.br/novo/buscas-solr/?aba=jurisprudencia&q=50230577020188210001&conteudo\\_busca=ementa\\_completa](https://www.tjrs.jus.br/novo/buscas-solr/?aba=jurisprudencia&q=50230577020188210001&conteudo_busca=ementa_completa). Acesso em: 22 ago. de 2023.

O Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios também entendeu possível a consumação do crime de estupro de forma virtual:

DIREITO PENAL E PROCESSUAL. APELAÇÃO CRIMINAL. REGISTRO NÃO AUTORIZADO DE INTIMIDADE SEXUAL. ESTUPRO VIRTUAL. MATERIALIDADE E AUTORIA COMPROVADAS. RELEVÂNCIA DA PALAVRA DA VÍTIMA CORROBORADA POR DEMAIS ELEMENTOS PROBATÓRIOS. PRÁTICA DE ATOS LIBIDINOSOS POR MEIO VIRTUAL. INEXISTÊNCIA DE INTERAÇÃO SEXUAL ENTRE O OFENSOR E A VÍTIMA. IRRELEVÂNCIA. VALORAÇÃO NEGATIVA DAS CIRCUNSTÂNCIAS DO CRIME. MANUTENÇÃO. CAUSA DE DIMINUIÇÃO PELA SEMI-IMPUGNABILIDADE FIXADA EM 1/3. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. [...] 2. A ausência de interação recíproca e de exposição sexual do réu não afasta a configuração do crime de estupro virtual. A ocorrência de contato físico direto é dispensável, exigindo-se, por sua vez, tão somente o nexos causal entre o ato praticado mediante grave ameaça, destinado à satisfação da própria lascívia, ainda que por meio virtual, e o efetivo dano à dignidade sexual da vítima. [...] 4. Recurso conhecido e desprovido<sup>49</sup>.

Por sua vez, o Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do HC n. 478.310/PA, firmou entendimento no sentido de que o crime de estupro de vulnerável pode ser praticado de forma virtual:

HABEAS CORPUS. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. QUALQUER ATO DE LIBIDINAGEM. CONTATO FÍSICO DIRETO. PRESCINDIBILIDADE. CONTEMPLAÇÃO LASCIVA POR MEIO VIRTUAL. SUFICIÊNCIA. ORDEM DENEGADA. 1. É pacífica a compreensão, portanto, de que o estupro de vulnerável se consuma com a prática de qualquer ato de libidinagem ofensivo à dignidade sexual da vítima, conforme já consolidado por esta Corte Nacional. 2. Doutrina e jurisprudência sustentam a prescindibilidade do contato físico direto do réu com a vítima, a fim de priorizar o nexos causal entre o ato praticado pelo acusado, destinado à satisfação da sua lascívia, e o efetivo dano à dignidade sexual sofrido pela ofendida. 3. No caso, ficou devidamente comprovado que o paciente agiu mediante nítido poder de controle psicológico sobre as outras duas agentes, dado o vínculo afetivo entre eles estabelecido. Assim, as incitua à prática dos atos de estupro contra as infantes (uma de 3 meses de idade e outra de 2 anos e 11 meses de idade), com o envio das respectivas imagens via aplicativo virtual,

<sup>49</sup> DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios (3. Turma Criminal). **Apelação Criminal n. 07126044520218070001**. DIREITO PENAL E PROCESSUAL. APELAÇÃO CRIMINAL. REGISTRO NÃO AUTORIZADO DE INTIMIDADE SEXUAL. ESTUPRO VIRTUAL. MATERIALIDADE E AUTORIA COMPROVADAS. [...] Relator: Des. Waldir Leôncio Lopes Júnior, 14 de julho de 2022. Disponível em: [https://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj?visaoId=tjdf.sistj.acordaoeletronico.buscaindexada.apresentacao.VisaoBuscaAcordao&controladorId=tjdf.sistj.acordaoeletronico.buscaindexada.apresentacao.VisaoBuscaAcordao&visaoAnterior=tjdf.sistj.acordaoeletronico.buscaindexada.apresentacao.ControladorBuscaAcordao&nomeDaPagina=resultado&comando=abrirDadosDoAcordao&enderecoDoServlet=sistj&historicoDePaginas=buscaLivre&quantidadeDeRegistros=20&baseSelecionada=BASE\\_ACORDAOS&numeroDaUltimaPagina=1&buscaIndexada=1&mostrarPaginaSelecaoTipoResultado=false&totalHits=1&internet=1&numeroDoDocumento=1438056](https://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj?visaoId=tjdf.sistj.acordaoeletronico.buscaindexada.apresentacao.VisaoBuscaAcordao&controladorId=tjdf.sistj.acordaoeletronico.buscaindexada.apresentacao.ControladorBuscaAcordao&visaoAnterior=tjdf.sistj.acordaoeletronico.buscaindexada.apresentacao.VisaoBuscaAcordao&nomeDaPagina=resultado&comando=abrirDadosDoAcordao&enderecoDoServlet=sistj&historicoDePaginas=buscaLivre&quantidadeDeRegistros=20&baseSelecionada=BASE_ACORDAOS&numeroDaUltimaPagina=1&buscaIndexada=1&mostrarPaginaSelecaoTipoResultado=false&totalHits=1&internet=1&numeroDoDocumento=1438056). Acesso em: 22 ago. de 2023.

as quais permitiram a referida contemplação lasciva e a consequente adequação da conduta ao tipo do art. 217-A do Código Penal. 4. Ordem denegada<sup>50</sup>.

A situação analisada pelo STJ diverge dos casos anteriores, na medida em que se trata de estupro de vulnerável em que o agente incitou à prática dos atos de estupro contra as infantes (ambas menores de 14 anos), com o envio das respectivas imagens via aplicativo virtual, as quais permitiram a referida contemplação lasciva. Contudo, válido observar que, em seu voto, o Ministro Relator Rogério Schietti Cruz utilizou como um dos fundamentos para a decisão o entendimento da doutrina de Rogério Sanches Cunha sobre a caracterização do ato libidinoso inserido nos arts. 213 e 217-A do Código Penal, no sentido de que não há necessidade de contato físico entre o autor e a vítima para a consumação dos delitos, cometendo o crime o agente que, para satisfazer a sua lascívia, ordena que a vítima explore seu próprio corpo (masturbando-se), somente para contemplação.

Por outro lado, o Tribunal de Justiça da Bahia, ao julgar a Apelação Criminal nº 0500197-50.2019.8.05.0022, entendeu que o delito previsto no artigo 213 do Código Penal não pode ser cometido de forma virtual. No caso julgado, o acusado obrigou a vítima a gravar vídeo se masturbando, sob pena de divulgação de fotos íntimas dela. O Tribunal de Justiça da Bahia, adotando o entendimento de que o crime de estupro exige a presença física do autor do crime para a consumação, desclassificou a conduta para o delito de constrangimento ilegal, previsto no artigo 146 do Código Penal<sup>51</sup>.

O Superior Tribunal de Justiça também já manifestou entendimento em sentido contrário a configuração do crime de estupro para a prática de atos libidinosos por meio virtual, ao julgar o Agravo Regimental no Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial nº 2005878/RS:

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. CRIME DO ART. 241-D DO ECA. CONFIGURAÇÃO. RECURSO NÃO PROVIDO. 1. “Aliciar, assediar, instigar ou constranger, por qualquer meio de comunicação, criança, com o fim de com ela praticar ato libidinoso: Pena - reclusão, de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa.” Art. 241-D do ECA.

50 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Sexta Turma). **Habeas Corpus n. 478310**. HABEAS CORPUS. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. QUALQUER ATO DE LIBIDINAGEM. CONTATO FÍSICO DIRETO. PRESCINDIBILIDADE. CONTEMPLAÇÃO LASCIVA POR MEIO VIRTUAL. SUFICIÊNCIA. ORDEM DENEGADA. [...] Impetrante: Anamaria Prates Barroso. Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado do Pará. Relator: Min. Rogério Schietti Cruz, 9 de fevereiro de 2021. Disponível em: [https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp?i=1&b=ACOR&livre=\(%27HC%27.clap.+e+@num=%27478310%27\)+ou+\(%27HC%27+adj+%27478310%27\).suce.\)&thesaurus=JURIDICO&fr=veja](https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp?i=1&b=ACOR&livre=(%27HC%27.clap.+e+@num=%27478310%27)+ou+(%27HC%27+adj+%27478310%27).suce.)&thesaurus=JURIDICO&fr=veja). Acesso em: 6 ago. 2023.

51 BAHIA. Tribunal de Justiça da Bahia (2. Câmara Criminal). **Apelação Criminal n. 500197-50.2019.8.05.0022**. ACÓRDÃO APELAÇÃO CRIMINAL. ESTUPRO. ART. 213, CP. CONDENAÇÃO. APELO DEFENSIVO, COM PEDIDOS DE ABSOLVIÇÃO, OU CONCESSÃO DE LIBERDADE PROVISÓRIA. [...] Relator: Des. Ivete Caldas Silva Freitas Muniz, 20 de maio de 2020. Disponível em: <https://jurisprudencia.tjba.jus.br/>. Acesso em: 10 ago. 2023.

2. A conduta do agravado consistente na prática de ato libidinoso com criança de 10 anos, via internet, configura a conduta descrita no art. 241-D do ECA. 3. Recurso não provido<sup>52</sup>.

A decisão acima se mostra relevante, especialmente porque reverteu a decisão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul que ficou conhecida como “primeira condenação por estupro virtual”. No caso, o réu foi acusado de manter contato com criança de 10 anos de idade, por meio de WebCam, tendo se despido e passado a praticar masturbação, instando a vítima a também manipular o pênis simultaneamente. O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, ao julgar a Apelação n. 70080331317, classificou a conduta como estupro de vulnerável, previsto no artigo 217-A do Código Penal<sup>53</sup>. Contudo, a decisão foi revertida pelo STJ, que entendeu que a conduta configura o crime do artigo 241-D do ECA<sup>54</sup>.

Percebe-se, portanto, que há divergência sobre o assunto. Isso decorre especialmente em virtude da ausência de previsão expressa acerca da possibilidade de cometimento da conduta de forma virtual, deixando margem para interpretação acerca do assunto e, conseqüentemente, decisões divergentes.

Nesse sentido, mostra-se importante o Projeto de Lei n. 1891/2023, que dispõe sobre o estupro na modalidade virtual, alterando o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal). O projeto visa que o 213 do Código Penal passe a vigorar acrescido do seguinte parágrafo: “§ 3º As penas previstas neste artigo são aplicadas mesmo que o crime seja praticado à distância, inclusive pelos meios digitais, como sites da rede mundial de computadores e aplicações de internet”<sup>55</sup>. Por sua vez, o artigo 217-A do Código Penal, que prevê o estupro de vulne-

52 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Quinta Turma). **AgRg no AgRg no AREsp n. 2005878/RS**. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. CRIME DO ART. 241-D DO ECA. CONFIGURAÇÃO. RECURSO NÃO PROVIDO [...] Agravante: ACB. Agravado: Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul. Relator: Min. Reynaldo Soares da Fonseca, 6 de setembro de 2022. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.exe/ITA?seq=2210686&tipo=0&nreg=202103506160&SeqCgrmaSessao=&CodOrgaoJgdr=&dt=20220913&formato=PDF&salvar=false>. Acesso em: 6 ago. 2023.

53 RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (8. Câmara Criminal). **Apelação Criminal n. 70080331317**. APELAÇÃO-CRIME. ASSEDIAR, POR QUALQUER MEIO DE COMUNICAÇÃO, CRIANÇA, COM O FIM DE COM ELA PRATICAR ATO LIBIDINOSO. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. ARMAZENAR, POR QUALQUER MEIO, FOTOGRAFIA, VÍDEO OU OUTRA FORMA DE REGISTRO QUE CONTENHA CENA DE SEXO EXPLÍCITO OU PORNOGRÁFICA ENVOLVENDO CRIANÇA OU ADOLESCENTE. CONCURSO MATERIAL. [...] Apelante: A.C.B. Apelado: Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul. Relator: Des. Fabianne Breton Baisch, 5 de fevereiro de 2020. Disponível em: [https://www.tjrs.jus.br/buscas/jurisprudencia/exibe\\_html.php](https://www.tjrs.jus.br/buscas/jurisprudencia/exibe_html.php). Acesso em: 22 ago. de 2023.

54 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Quinta Turma). **AgRg no AgRg no AREsp n. 2005878/RS**. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. CRIME DO ART. 241-D DO ECA. CONFIGURAÇÃO. RECURSO NÃO PROVIDO [...] Agravante: ACB. Agravado: Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul. Relator: Min. Reynaldo Soares da Fonseca, 6 de setembro de 2022. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.exe/ITA?seq=2210686&tipo=0&nreg=202103506160&SeqCgrmaSessao=&CodOrgaoJgdr=&dt=20220913&formato=PDF&salvar=false>. Acesso em: 6 ago. 2023.

55 BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei n. 1891/2023**. Disponível em: [https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra?codteor=2258848&filename=PL%201891/2023](https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=2258848&filename=PL%201891/2023). Acesso em: 09 ago. 2023.



rável teria o seguinte parágrafo: “§ 6º As penas previstas neste artigo são aplicadas mesmo que o crime seja praticado à distância, inclusive pelos meios digitais, como sites da rede mundial de computadores e aplicações de internet”<sup>56</sup>.

Dessa forma, observa-se que apesar de ser possível sustentar o enquadramento do estupro virtual na atual redação do artigo 213 do Código Penal, a falta de previsão legal expressa abre margem para interpretações e, conseqüentemente, divergência sobre o assunto. Diante disso, mostra-se oportuna a previsão legal expressa acerca da possibilidade de configuração do crime de estupro para condutas praticadas virtualmente, com o intuito de uniformizar o entendimento sobre o assunto e trazendo segurança jurídica.

## 5 Considerações finais

O presente estudo buscou ampliar os debates sobre a possibilidade de que o crime de estupro, previsto no artigo 213 do Código Penal, ser cometido de forma virtual, por meio das redes sociais.

Passou-se, dessa forma, a analisar a aplicação do direito penal em face do surgimento dos cibercrimes. Verificou-se que, em alguns casos, são necessárias alterações legislativas para tipificar condutas que surgiram com o avanço das tecnologias. Contudo, nem sempre há essa necessidade, tendo em vista que, em alguns casos, a legislação existente já tipifica as condutas, que apenas passam a ser cometidas por outro meio.

Ainda, verificou-se os elementos constitutivos do tipo penal que define o crime de estupro, quais sejam: constranger alguém, mediante o emprego de violência ou grave ameaça, à conjunção carnal, ou à prática de outro ato libidinoso, bem como a permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso. Para que uma conduta seja enquadrada como crime de estupro, ela deve se ajustar perfeitamente a esses elementos que estão previstos no artigo 213 do Código Penal.

Por fim, verificou-se que, em que pese haja divergência sobre o assunto, tem sido admitido pela doutrina e pela jurisprudência que o crime de estupro seja cometido de forma virtual em determinadas situações em que estão presentes os elementos constitutivos do crime de estupro.

Assim sendo, pode-se responder afirmativamente o problema de pesquisa proposto, qual seja: o delito de estupro, previsto no artigo 213 do Código Penal, pode ser cometido de forma virtual? Pode se afirmar que é possível sustentar o enquadramento do estupro virtual na atual redação do artigo 213 do Código Penal.

56 BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei n. 1891/2023**. Disponível em: [https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra?codteor=2258848&filename=PL%201891/2023](https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=2258848&filename=PL%201891/2023). Acesso em: 09 ago. 2023.

Contudo, a falta de previsão legal expressa abre margem entendimentos divergentes, de modo que se mostra válida atualização legislativa que inclua no ordenamento jurídico essa possibilidade, visando a segurança jurídica.

## Referências bibliográficas

- AHMAD, Nidal. **Manual de Direito Penal**: Parte Geral. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Juspodivm, 2023.
- AMAERJ. **Aumenta o número de crimes virtuais contra mulheres**. Disponível em: <https://amaerj.org.br/noticias/aumenta-o-numero-de-crimes-virtuais-contramulheres/>. Acesso em: 10 ago. 2023.
- AYLON, Lisiane Ledier; GIOLO JÚNIOR, Cildo. **Uso da tecnologia para fins ilícitos**: A violação da intimidade por meio de crimes informáticos. Florianópolis, SC: Revista de Direito Brasileira, v. 29, n. 11, p. 305-323, mai./ago. 2021. Disponível em: <https://www.indexlaw.org/index.php/rdb/article/view/7335/5821>. Acesso em: 10 ago. 2023.
- BAHIA. Tribunal de Justiça da Bahia (2. Câmara Criminal). **Apelação Criminal n. 500197-50.2019.8.05.0022**. ACÓRDÃO APELAÇÃO CRIMINAL. ESTUPRO. ART. 213, CP. CONDENAÇÃO. APELO DEFENSIVO, COM PEDIDOS DE ABSOLVIÇÃO, OU CONCESSÃO DE LIBERDADE PROVISÓRIA. [...] Relator: Desa. Ivete Caldas Silva Freitas Muniz, 20 de maio de 2020. Disponível em: <https://jurisprudencia.tjba.jus.br/>. Acesso em: 10 ago. 2023.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. **Código Penal comentado**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2019. E-book.
- BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei n. 1891/2023**. Disponível em: [https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra?codteor=2258848&filename=PL%201891/2023](https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=2258848&filename=PL%201891/2023). Acesso em: 09 ago. 2023.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Quinta Turma). **AgRg no AgRg no AREsp n. 2005878 / RS**. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. CRIME DO ART. 241-D DO ECA. CONFIGURAÇÃO. RECURSO NÃO PROVIDO [...] Agravante: ACB. Agravado: Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul. Relator: Min. Reynaldo Soares da Fonseca, 6 de setembro de 2022. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.exe/ITA?seq=2210686&tipo=0&nreg=202103506160&SeqCgrmaSessao=&CodOrgaoJdr=&dt=20220913&formato=PDF&salvar=false>. Acesso em: 6 ago. 2023.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Quinta Turma). **REsp n. 1.640.087/MG**. PENAL. RECURSO ESPECIAL. ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. ART. 214, CAPUT, DO CÓDIGO PENAL. ATO LIBIDINOSO DIVERSO DA CONJUNÇÃO CARNAL. CONTATO FÍSICO ENTRE O AGENTE E A VÍTIMA. DESNECESSIDADE [...] Recorrente: Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Recorrido: R M DA S. Relator: Min. Ribeiro Dantas, 15/12/2016. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/ITA?seq=1564542&tipo=0&nreg=201400598633&SeqCgrmaSessao=&CodOrgaoJdr=&dt=20170201&formato=PDF&salvar=false>. Acesso em: 6 ago. 2023.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Sexta Turma). **Habeas Corpus n. 478310**. HABEAS CORPUS. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. QUALQUER ATO DE LIBIDINAGEM. CONTATO FÍSICO DIRETO. PRESCINDIBILIDADE. CONTEMPLAÇÃO LASCIVA POR MEIO VIRTUAL. SUFICIÊNCIA. ORDEM DENEGADA. [...] Impetrante: Anamaria Prates Barroso. Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado do Pará. Relator: Min. Rogério Schietti Cruz, 9 de fevereiro de 2021. Disponível em: [https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp?i=1&b=ACOR&livre=\(%27HC%27.clap.+e+@num=%27478310%27\)+ou+\(%27HC%27+adj+%27478310%27\).suce.\)&thesaurus=JURIDICO&fr=veja](https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp?i=1&b=ACOR&livre=(%27HC%27.clap.+e+@num=%27478310%27)+ou+(%27HC%27+adj+%27478310%27).suce.)&thesaurus=JURIDICO&fr=veja). Acesso em: 6 ago. 2023.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ARE n. 1066864/RS**. Recorrente: Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul. Recorrido: L.H.S.A. Relator: Min. Dias Toffoli, 17/08/2017. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/despacho772485/false>. Acesso em: 6 ago. 2023.
- CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal**: parte geral - v.1. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2023a. E-book.
- CAPEZ, Fernando. **Estupro real, virtual, simulação de arma e análise de casos**. São Paulo: Conjur, 2023b. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2023-jul-17/controversias-juridicas-estupro-real-virtual-simulacao-arma-analise-casos>. Acesso em: 25 ago. 2023.

- CASTRO, Ana Lara Camargo de; SYDOW, Spencer Toth. **Sextorsão**. Revista Liberdades, ed. 21, jan./abr. de 2016. Disponível em: [https://ibccrim.org.br/media/posts/arquivos/26/Liberdades21\\_Artigo01.pdf](https://ibccrim.org.br/media/posts/arquivos/26/Liberdades21_Artigo01.pdf). Acesso em: 25 ago. 2023.
- CUNHA, Rogério Sanches. **Manual de direito penal**: parte especial (arts. 121 ao 361). 12. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2020.
- COSTA, Marli Marlene Moraes da; FREITAS, Maria Victória Pasquoto de. **Revenge porn**: por que as mulheres sofrem mais? Revista da Jornada de Pós-graduação e Pesquisa. Congrega Urcamp, vol. 16, n. 16, 2020. Disponível em: <http://revista.urcamp.edu.br/index.php/rcjppg/article/view/3935/2700>. Acesso em: 25 ago. 2023.
- DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios (3. Turma Criminal). **Apelação Criminal n. 07126044520218070001**. DIREITO PENAL E PROCESSUAL. APELAÇÃO CRIMINAL. REGISTRO NÃO AUTORIZADO DE INTIMIDADE SEXUAL. ESTUPRO VIRTUAL. MATERIALIDADE E AUTORIA COMPROVADAS. [...] Relator: Des. Waldir Leôncio Lopes Júnior, 14 de julho de 2022. Disponível em: [https://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordao-sweb/sistj?visaoid=tjdf.sistj.acordaoeletronico.buscaindexada.apresentacao.VisaoBuscaAcordao&controladorId=tjdf.sistj.acordaoeletronico.buscaindexada.apresentacao.ControladorBuscaAcordao&visaoAnterior=tjdf.sistj.acordaoeletronico.buscaindexada.apresentacao.VisaoBuscaAcordao&nomeDaPagina=resultado&comando=abrirDadosDoAcordao&enderecoDoServlet=sistj&historicoDePaginas=buscaLivre&quantidadeDeRegistros=20&baseSelecionada=BASE\\_ACORDAOS&numeroDaUltimaPagina=1&buscaIndexada=1&mostrarPaginaSelecaoTipoResultado=false&totalHits=1&internet=1&numeroDoDocumento=1438056](https://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordao-sweb/sistj?visaoid=tjdf.sistj.acordaoeletronico.buscaindexada.apresentacao.VisaoBuscaAcordao&controladorId=tjdf.sistj.acordaoeletronico.buscaindexada.apresentacao.ControladorBuscaAcordao&visaoAnterior=tjdf.sistj.acordaoeletronico.buscaindexada.apresentacao.VisaoBuscaAcordao&nomeDaPagina=resultado&comando=abrirDadosDoAcordao&enderecoDoServlet=sistj&historicoDePaginas=buscaLivre&quantidadeDeRegistros=20&baseSelecionada=BASE_ACORDAOS&numeroDaUltimaPagina=1&buscaIndexada=1&mostrarPaginaSelecaoTipoResultado=false&totalHits=1&internet=1&numeroDoDocumento=1438056). Acesso em: 22 ago. de 2023.
- ESTEFAM, A.; MORAES, A. R. A. D.; VASCONCELOS, C.; CAPEZ, F.; BECHARA, F. R.; SMANIO, G. P.; DEZEM, G. M.; JUNQUEIRA, G.; FABRETTI, H. B.; MILEO, L.; SARRUBBO, M.; LOPES, M. T.; CAMPOS, P. F. D.; PARDAL, R.; VALLE, S.; GONCALVES, V. E. R. **Direito Penal Contemporâneo**. São Paulo: Saraiva, 2022. E-book.
- FOUCAUT, Michel. **Vigiar e punir** – Nascimento da prisão. Trad. Raquel Ramallete. 25. ed. Petrópolis: Vozes, 2002.
- GILABERTE, Bruno. **Crimes contra a dignidade sexual**. 2. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2020. E-book. Disponível em: <https://plataforma.bvirtual.com.br>. Acesso em: 26 ago. 2023.
- GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. **Curso de direito penal**: parte especial - arts. 184 a 359-H. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2023. E-book.
- GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. **Direito penal**: dos crimes contra a dignidade sexual aos crimes contra a administração pública. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2020. E-book.
- GUIMARÃES, Gabriela Freitas; STEFANINI, Marília Rulli. **Crimes Cibernéticos e a Violência Contra a Mulher**: a legislação brasileira no combate aos ataques virtuais. Guarujá-SP: Científica Digital, 2023.
- JESUS, Damásio de. **Direito Penal 3**. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. E-book.
- MARCAO, Renato; GENTIL, Plínio. **Crimes Contra A Dignidade Sexual**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. E-book.
- MASSON, Cleber. **Direito penal**: parte especial – arts. 213 a 359-h. 8. ed. São Paulo: Forense, 2018.
- MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça de Minas Gerais (7. Câmara Criminal). **Apelação Criminal n. 1.0407.21.000969-9/001**. APELAÇÃO CRIMINAL. ESTUPRO VIRTUAL E REAL.
- VIOLAÇÃO SEXUAL MEDIANTE FRAUDE VIRTUAL. [...] Apelante: R.S.N. Apelado: Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Relator: Des. Marcílio Eustáquio Santos, 21 de junho de 2023. Disponível em: [243](https://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaPalavrasEspelhoAcordao.do?&numeroRegistro=1&totalLinhas=1&paginaNumero=1&linhasPorPagina=1&palavras=%2522estupro%20virtual%2522&pesquisarPor=ementa&orderByData=2&referenciaLegislativa=Clique%20na%20lupa%20para%20pesquisar%20as%20refer%EAncias%20cadastradas...&pesquisaPalavras=Pesquisar&Acesso em: 22 ago. de 2023.</a></p>
<p>MURATA, Ana Maria Lumi Kamimura; TORRES, Paula Ritzmann. <b>A convenção de budapeste</b></p>
</div>
<div data-bbox=)

sobre os crimes cibernéticos foi promulgada, e agora? Boletim IBCCRIM, ano 31, n. 368, jun. de 2023. Disponível em: [https://publicacoes.ibccrim.org.br/index.php/boletim\\_1993/article/view/575/108](https://publicacoes.ibccrim.org.br/index.php/boletim_1993/article/view/575/108). Acesso em: 22 ago. de 2023.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código penal comentado**. 17. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de direito penal**. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (7. Câmara Criminal). **Apelação Criminal n. 5023057-70.2018.8.21.0001/RS**. APELAÇÃO CRIME. ESTUPRO VIRTUAL. ART. 213, § 1º, DO CP. CONDENAÇÃO. INCONFORMIDADE DEFENSIVA. PEDIDO DE ABSOLVIÇÃO. DESACOLHIMENTO. [...] Apelante: V. B. F. Apelado: Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul. Relator: Des. Luiz Mello Guimarães, 21 de novembro de 2022. Disponível em: [https://www.tjrs.jus.br/novo/buscas-solr/?aba=jurisprudencia&q=50230577020188210001&conteudo\\_busca=ementa\\_completa](https://www.tjrs.jus.br/novo/buscas-solr/?aba=jurisprudencia&q=50230577020188210001&conteudo_busca=ementa_completa). Acesso em: 22 ago. de 2023.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (8. Câmara Criminal). **Apelação Criminal n. 70080331317**. APELAÇÃO-CRIME. ASSEDIAR, POR QUALQUER MEIO DE COMUNICAÇÃO, CRIANÇA, COMO FIM DE COMELA PRATICAR ATO LIBIDINOSO. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. ARMAZENAR, POR QUALQUER MEIO, FOTOGRAFIA, VÍDEO OU OUTRA FORMA DE REGISTRO QUE CONTENHA CENA DE SEXO EXPLÍCITO OU PORNOGRÁFICA ENVOLVENDO CRIANÇA OU ADOLESCENTE. CONCURSO MATERIAL. [...] Apelante: A.C.B. Apelado: Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul. Relator: Des. Fabianne Breton Baisch, 5 de fevereiro de 2020. Disponível em: [https://www.tjrs.jus.br/buscas/jurisprudencia/exibe\\_html.php](https://www.tjrs.jus.br/buscas/jurisprudencia/exibe_html.php). Acesso em: 22 ago. de 2023.

SILVA, Mariana Almeida da. **A internet como ambiente facilitador à violência de gênero: cyberstalking, sextorsão e revenge porn**. Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, n. 86, p. 109 - 131, out./dez. 2022. Disponível em: [https://www.mprj.mp.br/documents/20184/3600511/Mariana+Almeida+da+Silva\\_RMP-86.pdf](https://www.mprj.mp.br/documents/20184/3600511/Mariana+Almeida+da+Silva_RMP-86.pdf). Acesso em: 22 ago. de 2023.

STOCO, Isabela Maria; BACH, Marion. **A mulher como vítima de crimes virtuais: a legislação e a jurisprudência brasileira**. Programa de Apoio à Iniciação Científica, 2017-2018. Disponível em: <https://cadernopaic.fae.emnuvens.com.br/cadernopaic/article/viewFile/311/281>. Acesso em: 22 ago. de 2023.

# A RETROATIVIDADE DO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL: A (IM)POSSIBILIDADE DE SUA APLICAÇÃO APÓS O TRÂNSITO EM JULGADO

*THE RETROACTIVE NON-PERSECUTION AGREEMENT: THE (IM) POSSIBILITY OF ITS APPLICATION AFTER THE RES JUDICATA*

NEFI CORDEIRO<sup>1</sup>

THIAGO COSTA DOS SANTOS<sup>2</sup>

**RESUMO:** A justiça criminal negocial é admitida com potencial de futuro certo ao sistema criminal de países democráticos. A constitucionalidade da negociação em crimes, todavia, vem sendo constantemente debatida pelo seu potencial violador de direitos. Diante desse cenário, esta pesquisa tem como objetivo analisar a (im)possibilidade de celebração do acordo de não persecução penal, previsto no artigo 28-A do Código de Processo Penal, após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Enfrentou-se, assim, a sua aplicação às ações penais em andamento quando da vigência da Lei nº 13.964/2019, invocando-se, para tanto, o princípio da retroatividade da norma penal mais benéfica (artigo 5<sup>a</sup>, XL, da CF/88). Recentemente, a discussão acerca dos limites da retroação contou com desdobramentos decisórios no Supremo Tribunal Federal, a ampliar o interesse no tema. Em que pese ainda esteja pendente de definição, a retroatividade já foi reconhecida pela Suprema Corte para processos cuja sentença condenatória já havia sido prolatada, bem como para processos que, quando do reconhecimento da retroatividade, já haviam transitado em julgado. Nada obstante, as teses apresentadas até o momento no julgamento do HC nº 185.913/DF (afetado ao Plenário do STF) sustentam a retroação somente até a sentença penal condenatória ou até o trânsito em julgado, bem como a (des)necessidade de a defesa ter se manifestado favoravelmente ao acordo na primeira oportunidade processual após a vigência da referida lei.

**PALAVRAS-CHAVE:** Justiça criminal negocial; Acordo de não persecução penal; Código de Processo Penal; Inconstitucionalidade; Retroatividade da lei penal mais benéfica.

<sup>1</sup> Doutor e Mestre em Direito pela UFPR, com concentração na área criminal; professor universitário - graduação e pós-graduação, lato e stricto sensu; formado em engenharia civil (PUCPR), ex-integrante do Ministério Público e Magistratura estadual no Paraná, Juiz e Desembargador Federal do TRF 4<sup>a</sup> Região, Ministro do Superior Tribunal de Justiça. Advogado. <https://orcid.org/0000-0002-1490-3118>.

<sup>2</sup> Mestre e pós-graduado em Direito Constitucional pelo Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa - IDP, pós-graduado em Direito Penal e Processual Penal pela UNESA e pós-graduando em Compliance pela Universidade de Coimbra em parceria com o Instituto Brasileiro de Ciências Criminais - IBCCRIM. Advogado. <https://orcid.org/0000-0001-8105-2133>.

**ABSTRACT:** Bargaining criminal justice is admitted to have a certain potential future in the criminal justice system of democratic countries. The constitutionality of negotiation in crimes, however, has been constantly debated for its potential violator of rights. Given this scenario, this research aims to analyze the (im)possibility of signing the non-prosecution agreement, provided in Article 28-A of the Criminal Procedure Code, after the *res judicata* of the criminal conviction. Therefore, its application to criminal proceedings in progress when No. 13,964/2019 Act came into force was confronted, invoking the principle of retroactivity of the most beneficial criminal rule (Article 5, XL, of the Federal Constitution of 1988). Recently, the discussion about the limits of retroaction has unfolded with decisions in the Federal Supreme Court, increasing interest in the subject. Although it is still pending definition, the Supreme Court has already recognized retroactivity for cases in which a judgment had already been delivered and for cases that had already become *res judicata* when the retroactivity was recognized. However, the theses presented so far in HC 185.913/DF support retroactivity only until the judgment of conviction or final and irreversible sentence, as well as the (dis)need for the defense to have manifested itself in favor of the agreement at the first procedural opportunity.

**KEYWORDS:** Bargaining criminal justice; Non-prosecution agreement; Criminal Procedure Code; Unconstitutionality; Retroactivity of the most beneficial criminal rule.

**SUMÁRIO:** 1 Introdução; 2 O surgimento do acordo de não persecução penal na justiça criminal brasileira; 3 Análise do artigo 28-A do Código de Processo Penal; 4 Os limites da retroatividade do acordo de não persecução penal; 5 Conclusão; Referências bibliográficas.

## 1 Introdução

A justiça criminal negocial tem proporcionado uma intensa revolução na persecução penal, tanto no Brasil quanto no exterior. É tendência ocidental, com incentivos transnacionais para o consenso e o acolhimento da culpa.<sup>3</sup>

Em países onde predomina a *common law*, há maior facilidade de implementação desse modelo, haja vista a prática reiterada dos acordos de simplificação na

3 O caminho é tendência também nos países de “civil law”, que cada vez mais aceitam caracteres de um sistema adversarial, de maior disposição e predominância de ações no processo pelas partes – reduzindo o interesse na verdade real e a intervenção judicial. A negociação e simplificação processual é tendência ocidental. O Relatório do Conselho dos Ministros de 1987 traz o incentivo aos países europeus, quando as tradições constitucionais e jurídicas o permitirem, para o uso desses caminhos, partindo do consenso e do acolhimento da culpa, e admitindo que a assunção de culpa do acusado perante um tribunal público justifica a dispensa de outras provas e abrevia a própria investigação criminal. Mirelle Delmas-Marty (2004, p. 143/144) pontua, porém, que não obstante o incentivo à desburocratização e ao consenso, mais críticas se fazem presentes quando se trata do modelo de negociação da *plea bargaining*, “devido a seu caráter oculto e aos riscos de fraude que ele comporta em virtude da desigualdade entre os parceiros.” (CORDEIRO, Nefi. **Colaboração Premiada**: atualizada pela Lei Anticrime. Belo Horizonte: Letramento, 2021. p. 95).

admissão de culpa. O maior exemplo de ampla e discricionária negociação se dá nos Estados Unidos da América, com mecanismos vários de condenação sem processo, consequência da chamada “administrativização da justiça criminal”.

A crítica se mantém intensa pela relativização de direitos fundamentais no processo criminal, como a presunção de inocência, a não autoincriminação e o devido processo legal. A função de ordenador do processo e da prova tem perdido espaço na atuação judicial. Assim, o processo deixa de ser do juiz para ser das partes, onde a administração persecutória estatal assume a função de negociadora da verdade, da culpa e da pena.

Em meio a tais críticas, o Brasil também tem adotado medidas negociais para a solução de conflitos de natureza penal. Nada obstante, adota-se aqui o sistema da *civil law* (continental), razão pela qual a possibilidade de haver consenso entre a defesa e a acusação sem a participação de um juiz de direito é passível de inúmeros conflitos com o ordenamento jurídico pátrio.

Não se confundem, todavia, os institutos previstos pela legislação pátria com o *plea bargaining* americano. Este afasta o processo penal, isto é, trata-se de um verdadeiro “mecanismo de condenação sem processo”; ao passo que aqueles seguem o modelo de “penas” condicionadas, permitindo que a persecução penal seja retomada em caso de descumprimento das condições impostas.<sup>4</sup>

A principal discussão em torno do acordo de não persecução penal – ANPP –, sem dúvidas, é sobre a possibilidade de proposição e celebração do acordo nos processos que já estavam em andamento quando da vigência da Lei nº 13.964/2019 (diploma legal que acrescentou o artigo 28-A ao Código de Processo Penal). É dizer, discute-se acerca da observância da retroatividade da lei penal mais benéfica (artigo 5º, XL, CF/88) na aplicação do referido acordo.<sup>5</sup>

Nesse contexto, uma questão ainda não foi definitivamente respondida: o acordo de não persecução penal deve ser aplicado nos processos que já estavam em andamento quando a sua norma instituidora entrou em vigor, mesmo que já tenha ocorrido o trânsito em julgado de eventual sentença penal condenatória?

Assim sendo, o presente artigo tem como objetivos: a) demonstrar como o ANPP foi introduzido no direito brasileiro; b) examinar o conteúdo formal do artigo 28-A do Código de Processo Penal; e, por fim, c) avaliar se é possível, em razão

4 VASCONCELLOS, Vinicius. Acordo de não persecução penal e a expansão da justiça criminal negocial: natureza, retroatividade e consequências ao descumprimento. *Boletim Revista dos Tribunais Online*, vol. 27, mai. 2022, p. 2.

5 VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. O acordo de não persecução penal na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal em 2020 e 2021. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, vol. 191, ano 30, p. 93-120. São Paulo: Ed. RT., jul./ago. 2022. DOI: [https://doi.org/10.54415/rbccrim.v191in.%20191.117], p. 8-9.

da retroatividade da Lei nº 13.964/2019, a celebração do referido acordo após o trânsito em julgado da ação penal.

Utilizou-se, para tanto, o método dedutivo, a partir de pesquisas bibliográficas – sobre processo criminal e direitos fundamentais, com foco na justiça criminal negocial –, além de pesquisa jurisprudencial – através da busca e da análise de julgados do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça.

Nos tópicos a seguir, serão estudados, respectivamente, a introdução do acordo de não persecução penal no sistema jurídico brasileiro; a norma estampada no texto do artigo 28-A do Código de Processo Penal; e a retroatividade da Lei nº 13.964/2019, mais especificamente no tocante àqueles processos que, quando da sua entrada em vigor, estavam em andamento e, posteriormente, transitaram em julgado.

## **2 O surgimento do acordo de não persecução penal na justiça criminal brasileira**

Ao se permitir acordos no âmbito criminal, transplanta-se institutos típicos do direito privado para o processo penal. A autonomia privada, que só poderia ser encontrada no âmbito civil, conquista lugar inédito no sistema jurídico.<sup>6</sup> Assim sendo, o acusado, agora, poderá optar pela assunção precoce da culpa ou pelo árduo – ainda que seja inocente – caminho do processo penal.

Como tendência mundial, também o Brasil cada vez mais se insere na justiça criminal negocial. Diante disso, quanto mais o protagonismo do processo é transferido para as partes, mais o Ministério Público assume o papel não apenas de impulsionador da acusação, mas da própria justiça – além da elevação de sua importância nas próprias políticas públicas.

Em que pese as críticas à relativização de direitos constitucionais processuais penais, a jurisdição criminal negocial tem tido um considerável avanço na legislação e na prática brasileiras. A transação penal, a suspensão condicional do processo, o acordo de não persecução penal e a colaboração premiada caracterizam-se como verdadeiros acordos entre acusação e defesa.

Quanto ao acordo de não persecução penal, especificamente, foi inserido no Brasil por meio da Resolução nº 181/2017 do Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP), posteriormente modificada pela Resolução nº 183/2018 do mesmo

6 *“Finalmente, el Derecho penal se catapulta, con la ayuda de la verdad formal e con la posibilidad de lograr un acuerdo sobre la culpabilidad, a la zona de la autonomía privada y, así, del Derecho civil, donde no ha tenido lugar nunca y de ningún modo”* (SCHÜNEMANN, Bernd. *El propio sistema de la teoría del delito*. InDret, Barcelona, jan./2008, p. 8).



órgão.<sup>7</sup> Tal norma foi rigorosamente criticada, especialmente pela afronta ao princípio da legalidade estrita. Isso porque, embora detenha competência legislativa para regular o Ministério Público – analogamente ao Conselho Nacional de Justiça perante o Poder Judiciário –, estava-se criando norma processual, com efeitos para fora do órgão ministerial.

Tratava-se de direta violação ao artigo 22, inciso I, da Constituição Federal, haja vista que persecução criminal e pena, por serem matérias atinentes ao direito penal e processual penal, são de competência legislativa privativa da União. Por conta disso, foram, inclusive, propostas duas Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ainda em tramitação): ADI nº 5.790, pela AMB (Associação dos Magistrados Brasileiros); e a ADI nº 5.793, pela OAB (Ordem dos Advogados do Brasil). Sobre o tema, dispôs Vasconcellos:

Contudo, a introdução de tais espaços de não-obrigatoriedade por meio de uma resolução do CNMP acarreta evidente violação à legalidade estrita que deve orientar (e limitar) a incidência do poder punitivo estatal. Inclusive no processo penal, a legalidade é uma fundamental premissa, de modo que somente a Lei pode alterar a sua normativa. Assim, primeiramente, há clara inconstitucionalidade, por violação do art. 22, I, da CF.<sup>8</sup>

Ocorre que, em 2019, foi publicada a Lei nº 13.964/2019, conhecida como “Pacote Anticrime”, a qual acrescentou o artigo 28-A ao Código de Processo Penal e criou, por meio de lei em sentido estrito, a figura do acordo de não persecução penal. Com mínimas diferenças de requisitos e efeitos, o instituto tomou forma de lei e passou a ser de imediato aplicável, inclusive com retroação possível como norma mais benéfica ao acusado. Ultrapassada ficou a discussão a respeito da violação ao princípio da legalidade, com aprovação formal no Congresso Nacional de instituto similar àquele da criticada Resolução.<sup>9</sup>

Assim prevê o *caput* do dispositivo acrescentado pela referida lei (artigo 28-A do CPP):

Art. 28-A. Não sendo caso de arquivamento e tendo o investigado confessado formal e circunstancialmente a prática de infração penal sem violência ou grave ameaça e com pena mínima inferior a 4 (quatro) anos, o Ministério Público poderá propor acordo de não persecução penal, desde que necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime [...].

7 CARNEIRO, Andréa Walmsley Soares. Acordo de não-persecução penal: constitucionalidade do método negocial no processo penal. *Revista Delictae*, v. 4, n. 7, jul./dez. 2019, p. 23-41., p. 23-24.

8 VASCONCELLOS, Vinícius Gomes de. Não-obrigatoriedade e acordo penal na Resolução 181/2017 do Conselho Nacional do Ministério Público. *Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*, ano 25, n. 299, out. 2017, p. 7-9, p. 8.

9 SOARES, Rafael Junior; BORRI, Luiz Antonio; BATTINI, Lucas Andrey. Breves considerações sobre o acordo de não persecução penal. *Revista do Instituto de Ciências Penais*, vol. 5, dez./mai. 2020, p. 213-231, p. 215.

O seu surgimento foi marcado por variadas críticas, tanto por exigir confissão detalhada a quem ainda pode sequer ter sido denunciado, violando os princípios da presunção de inocência, não autoincriminação e devido processo legal; quanto por também admitir hipótese de “pena” de fato, sem culpa definida. Ao par, a crítica de nova função segregacionista – quem faz mais acordos é o pobre, pelo receio de altas penas ameaçadas e pela precariedade probatória a ele disponível.

Como não poderia ser diferente, inúmeros conflitos legais surgem nesse novo direito negocial, incorporado mas não adaptado ao sistema persecutório brasileiro, que não foi imaginado para acordos de culpa. No tópico a seguir serão analisados com mais detalhes as hipóteses, requisitos e condições previstos no referido dispositivo para que seja possível a proposição e celebração do acordo em análise.

### **3 Análise do artigo 28-a do código de processo penal**

A jurisdição criminal é residual, fundada nos princípios penais da fragmentariedade e subsidiariedade, incidindo nos relevantes danos sociais não protegidos suficientemente por outros ramos do direito. Essa excepcionalidade exige que a própria persecução criminal seja movida por critérios de extrema necessidade social, sempre buscando menores custos – à sociedade e ao cidadão atingido. Medidas despenalizantes e desprocessualizantes tornam-se instrumentos de política criminal cada vez mais presentes: o crime é relevante dano e sua persecução somente se dá se, concretamente, for exigido o majorado custo da máquina persecutória estatal.

Além disso, como modelo de Constituição moderna, a Carta Magna de 1988 positiva diversos direitos penais e processuais penais, erigindo-os não apenas ao patamar de norma máxima da nação, como também protegendo-os na categoria de direitos fundamentais. O processo penal se constitucionaliza. Nesse sentido, Callegari dispõe:

Foi no Direito Penal que se desenvolveram com mais intensidade as garantias formais do Estado de Direito, afinal, nada pode ameaçar com maior persistência a liberdade individual que uma arbitrariedade das autoridades que dispõe dos meios punitivos. As intervenções jurídico-penais têm efeitos mais profundos que todas as demais “intervenções na liberdade e na propriedade” e recebem em primeiro lugar a desaprovação ético-social que importam, ou seja, um acento particularmente gravoso.<sup>10</sup>

10 CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz, org. **Comentários à Constituição do Brasil**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2018 (Série IDP), p. 411-412.

A preocupação da negociação relativizar direitos penais e processuais penais, inclusive elevados à condição de norma constitucional, é objeto de crítica perene. Assim é que Vasconcellos ressalta que “a concretização prática dos institutos negociais potencializa a violação de direitos fundamentais”<sup>11</sup>.

A despeito disso, conforme já mencionado anteriormente, a justiça criminal negocial já é uma realidade no direito pátrio. Não somente em razão da inclusão do artigo 28-A ao Código de Processo Penal, mas também devido a outros institutos preexistentes, tais como a suspensão condicional do processo, a transação penal e a colaboração premiada.

Destarte, não raras vezes um acordo acaba se confundindo com o outro. No presente tópico, portanto, ao se analisar o acordo de não persecução penal, far-se-á, simultaneamente, importantes diferenciações em relação aos demais institutos penais negociais.

Inicialmente, em que pese o artigo 28-A exija a confissão do investigado, assim como na colaboração premiada, tais institutos não se confundem. De acordo com o artigo 3<sup>a</sup>-A da Lei n<sup>o</sup> 12.850/2013 (introduzido pela própria Lei n<sup>o</sup> 13.964/2019), “o acordo de colaboração premiada é negócio jurídico processual e meio de obtenção de prova, que pressupõe utilidade e interesse públicos”. Desse modo, a colaboração premiada exige crime próprio e tem o fim de provar a culpa de terceiros ou facilitar a restituição do produto do crime, bem como pode realizar-se a qualquer momento do processo. O acordo de não persecução criminal, por outro lado, tem como momento próprio a fase investigatória – evitando a ação penal (embora adiante se discuta sua possibilidade em outras fases processuais) – e o foco se dá no próprio crime, e não de terceiros.

Além disso, no acordo de não persecução criminal se exige a confissão circunstancial; enquanto na colaboração premiada a confissão é plena (de todos os crimes da organização criminosa). Assim, a colaboração possui uma função cognitiva probatória. O acordo de não persecução penal, por outro lado, apesar de prever a confissão como requisito, possui a finalidade de excluir o processo, evitar qualquer pretensão cognitiva.<sup>12</sup>

Quanto à legitimidade para propor o acordo, o dispositivo supra prevê tão somente o Ministério Público como representante estatal. Exclui-se, portanto, a autoridade policial, legalmente prevista para a colaboração premiada, embora a

11 VASCONCELLOS, Vinícius Gomes de. *Colaboração Premiada no Processo Penal*. 1. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

12 VASCONCELLOS, Vinícius. Acordo de não persecução penal e a expansão da justiça criminal negocial: natureza, retroatividade e consequências ao descumprimento. *Boletim Revista dos Tribunais Online*, vol. 27, mai. 2022, p. 4.

Suprema Corte tenha definido atualmente a homologação ministerial ao acordo do delegado.<sup>13 14</sup>

Interessante discussão surge, porém, nas ações penais privadas, onde o menor dano transfere do Ministério Público ao particular a legitimidade ativa das ações, restando como representante estatal o delegado, embora não como acusador, mas ao menos como investigador do fato. Para Badaró<sup>15</sup>, não é possível dar legitimidade ao delegado, mesmo nas ações penais privadas, uma vez que o *caput* do artigo 28-A do CPP não dá margem para que o querelante possa propor o acordo.

Araújo, por outro lado, sustenta que “dever haver oportunidade para negociação também em ação privada e, se o querelante se recusa, embora presentes os requisitos legais, mesmo sob pretexto de insuficiência, o MP pode interceder como *custos legis* [...]”.<sup>16</sup> No mesmo sentido, Rosa *et al.* argumenta que “interpretando as regras da Justiça Penal Negociada como um todo, pensamos que será possibilitada a realização de ANPP em ações penais privadas da mesma forma que os Tribunais Superiores permitiram que se fizessem a transação penal e a suspensão condicional do processo”.<sup>17</sup>

Deve-se concordar que seria ilógico permitir o acordo e evitar o processo em crimes socialmente mais gravosos, mas impedi-lo nas ações penais privadas, com menor dano social potencial. Talvez melhor do que trazer a autoridade policial para a função de negociador, porém, seja admitir por analogia o tratamento dado à transação e suspensão condicional do processo, a fim de admitir ao representante ministerial essa possibilidade de negociação.

Quanto às condições exigidas (estabelecidas nos incisos I ao V do referido dispositivo)<sup>18</sup>, discute-se sua aplicação “cumulativa e alternativamente”, conforme

13 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental na Petição 8.482/DF**. Relator: Min. Edson Fachin, 31 de maio de 2021. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=757360051>>. Acesso em: 31 mai. 2023.

14 PACELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal**. 26ª ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Editora JusPodivm, 2022, 132.

15 BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo Penal**. 9ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, p. 191.

16 ARAÚJO, Gláucio Roberto Brittes de. Breves comentários sobre o acordo de não persecução penal. **Cadernos Jurídicos**, São Paulo, ano 22, nº 57, p. 161-177, jan./mar., 2021, p. 163.

17 ROSA, Alexandre Morais da; ROSA, Luísa Walter da; BERMUDEZ, André Luiz. **Como negociar o acordo de não persecução penal: limites e possibilidades**. 1ª ed. Florianópolis: Emais, 2021, p. 98.

18 “I - reparar o dano ou restituir a coisa à vítima, exceto na impossibilidade de fazê-lo; II - renunciar voluntariamente a bens e direitos indicados pelo Ministério Público como instrumentos, produto ou proveito do crime; III - prestar serviço à comunidade ou a entidades públicas por período correspondente à pena mínima cominada ao delito diminuída de um a dois terços, em local a ser indicado pelo juízo da execução, na forma do art. 46 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); IV - pagar prestação pecuniária, a ser estipulada nos termos do art. 45 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), a entidade pública ou de interesse social, a ser indicada pelo juízo da execução, que tenha, preferencialmente, como função proteger bens jurídicos iguais ou semelhantes aos aparentemente lesados

expressa o dispositivo legal. Para Araújo, tais expressões foram usadas de maneira equivocada, de modo que “a melhor doutrina vem considerando que são cumulativas aquelas dos incisos I a III com a do inc. IV ‘ou’ do inc. V (aqui, sim, alternativamente, em razão da partícula ‘ou’ entre as duas)”.<sup>19</sup> Sobre o mesmo assunto, porém sem adentrar no mérito se as referidas expressões foram utilizadas de maneira equivocada, Badaró afirma que “poderão estar presentes todas as condições ou somente algumas delas, ainda que apenas duas. Não será possível, porém, estabelecer uma única condição”.<sup>20</sup> Nesse sentido, as palavras “cumulativa e alternativamente” impedem a celebração do acordo quando apenas um dos incisos acima transcritos estiverem presentes.

É necessário, ainda, que nenhuma das vedações<sup>21</sup> previstas no §2º estejam presentes. Araújo<sup>22</sup> chama a atenção para o fato de o texto não incluir as infrações eleitoras, em que pese o acordo de não persecução penal não tenha sido previsto na respectiva lei complementar. Isso porque a possibilidade de aplicação subsidiária do Código de Processo Penal permite que o instituto em epígrafe seja aplicado também àqueles crimes. Além disso, o mesmo autor sustenta que também não há vedação para sua aplicação aos crimes militares, pois, apesar de o artigo 90-A da Lei nº 9.099/1995 proibir a aplicação da suspensão condicional do processo e da transação penal, tal dispositivo não pode se estender ao referido acordo.

O §2º do artigo 28-A do CPP, ao prever as referidas vedações, demonstra que o legislador, apesar de ter permitido o consenso entre as partes para que seja celebrado o acordo, estabeleceu limites que se sobrepõem à autonomia da vontade.<sup>23</sup> Não é por outro motivo que o §4º do mesmo dispositivo dispõe que o juiz, antes de homologar o acordo, deverá realizar uma audiência para verificar se efetivamente houve voluntariedade por parte do investigado.

Acerca do instituto em análise, uma questão tem gerado grande controvérsia: seria ele um direito subjetivo? Há relevantes argumentações tanto no sentido

---

pelo delito; ou V - cumprir, por prazo determinado, outra condição indicada pelo Ministério Público, desde que proporcional e compatível com a infração penal imputada”.

19 ARAÚJO, Gláucio Roberto Brittes de. Breves comentários sobre o acordo de não persecução penal. *Cadernos Jurídicos*, São Paulo, ano 22, nº 57, p. 161-177, jan./mar., 2021, p. 170.

20 BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo Penal*. 9ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, p. 192.

21 “§ 2º O disposto no caput deste artigo não se aplica nas seguintes hipóteses: I - se for cabível transação penal de competência dos Juizados Especiais Criminais, nos termos da lei; II - se o investigado for reincidente ou se houver elementos probatórios que indiquem conduta criminal habitual, reiterada ou profissional, exceto se insignificantes as infrações penais pretéritas; III - ter sido o agente beneficiado nos 5 (cinco) anos anteriores ao cometimento da infração, em acordo de não persecução penal, transação penal ou suspensão condicional do processo; e IV - nos crimes praticados no âmbito de violência doméstica ou familiar, ou praticados contra a mulher por razões da condição de sexo feminino, em favor do agressor”.

22 ARAÚJO, Gláucio Roberto Brittes de. Breves comentários sobre o acordo de não persecução penal. *Cadernos Jurídicos*, São Paulo, ano 22, nº 57, p. 161-177, jan./mar., 2021, p. 175.

23 BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo Penal*. 9ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, p. 195.

positivo quando no negativo. Para Resende, uma vez preenchidos os requisitos legais mencionados alhures, “o Ministério Público tem o dever de oferecer a proposta de ‘Acordo de Não Persecução Penal’, eis que se trata de direito subjetivo do investigado”.<sup>24</sup>

Em sentido contrário, Aras sustenta que “o acusado não tem direito subjetivo ao acordo de não persecução penal. Tem direito a uma proposta do Ministério ou a uma negativa motivada”.<sup>25</sup> O referido autor fundamenta o seu entendimento na Súmula 696 do STF<sup>26</sup> (aplicável à suspensão condicional do processo), que estabelece a aplicação do artigo 28 do Código de Processo Penal por analogia.

No julgamento do HC nº 186289/RS<sup>27</sup>, a Ministra Relatora Carmem Lúcia, em decisão monocrática, ao tratar do acordo de não persecução penal, dispôs:

Nos termos do art. 28-A, do Código de Processo Penal, alterada pela Lei n. 13.964/2019, “o Ministério Público poderá propor acordo de não persecução penal”, não se tratando, à semelhança da suspensão condicional do processo, de direito subjetivo do acusado, mas dever-poder do Ministério Público, titular da ação penal, ao qual cabe, com exclusividade, analisar a possibilidade de aplicação daquele instituto, desde que fundamentadamente.

Dessa forma, em que pese as vozes dissidentes, tem prevalecido a compreensão de que o referido instituto não se trata de um direito subjetivo – até mesmo porque entendimento diverso inseriria o juiz na negociação criminal, por pleito do interessado, que poderia deferir a realização de acordo que o representante acusatório estatal não desejasse.

Cabe ao membro do Ministério Público o exame do cabimento do acordo, não como faculdade discricionária, mas como todo poder-dever de autoridade pública, sujeito a motivação, moralidade e impessoalidade, na aferição dos requisitos legais e condições proporcionais de avença.

Ressalta-se, ainda, que, embora o acordo seja celebrado entre o Ministério Público e o investigado (acompanhado de seu defensor), ele só poderá ser executado após a homologação pelo juiz. Dessa forma, há, necessariamente, o controle

24 RESENDE, Augusto César Leite de. Direito (subjetivo) ao acordo de não persecução penal e controle judicial: reflexões à luz da teoria dos direitos fundamentais. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, v. 6, n. 3, set/dez. 2020, p. 1543-1582, p. 1519.

25 CAVALCANTE, André Clark Nunes; LIMA, Antônio Edilberto Oliveira; PINHEIRO, Igor Pereira; VACCARO, Luciano; ARAS, Vladimir. *Lei Anticrime comentada*. Leme: JH Mizuno, 2020, p. 206.

26 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula n. 696**. Sessão Plenária, 24 de setembro de 2003. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/seq-sumula696/false>>. Acesso em: 15 fev. 2023.

27 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus 186.289/RS*. Relator: Min. Cármen Lúcia, 29 de junho de 2022. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15352196191&text=.pdf>>. Acesso em: 15 fev. 2023.

judicial da legalidade em sentido amplo – examinando a concreta existência de voluntariedade e obediência à forma legal (§§5º e 7º do dispositivo em epígrafe)<sup>28</sup>.

Diversos pontos ainda remanescem em discussão, como a amplitude da confissão circunstancial, liberdade de criação ministerial de condições para o acordo, e, muito diretamente, o debate acerca das garantias constitucionais e da retroatividade da Lei nº 13.964/2019 aos fatos anteriores à sua vigência, como se detalhará.

#### 4 Os limites da retroatividade do acordo de não persecução penal

A novidade negocial trouxe benefício a uma grande quantidade de investigados, os quais passaram a ter essa opção de admissão da culpa com o benefício de menor resposta estatal correspondente. As vantagens desse novo caminho do devido processo legal, entretanto, não tiveram na lei uma definição expressa acerca de retroação ou incidência nos processos em andamento. Daí o grande debate acadêmico e jurisprudencial acerca da retroatividade da Lei nº 13.964/2019, especificamente no tocante ao acordo de não persecução penal.

O principal fator diferenciador da retroação ou não da nova norma é a sua natureza jurídica: enquanto a norma penal mais benigna retroage (artigo 2º, parágrafo único, do CP<sup>29</sup>), a norma processual penal tem na lei aplicação imediata, sem retroação (artigo 2º do CPP<sup>30</sup>). Também a Constituição Federal consagra o princípio da *novatio legis in mellius*, no inciso XL do artigo 5º: “a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu”. Embora o tema seja controverso, há de se compreender como norma penal aquela que afete o crime ou a sua pena. Deve-se verificar, então, se isso ocorre no acordo de não persecução penal.

Nos dizeres de Avena,<sup>31</sup> são penais as normas que “criem, ampliem, reduzam ou extingam a pretensão punitiva estatal, tornando mais intensa ou mais branda a sua satisfação, independentemente do diploma em que inseridas”. Punição a crime afeta direito penal, incidindo a retroatividade da lei mais benigna.

A compreensão do artigo 28-A do Código de Processo Penal como norma processual, com incidência do princípio da imediatidade e sem retroação, foi ex-

28 “§ 5º Se o juiz considerar inadequadas, insuficientes ou abusivas as condições dispostas no acordo de não persecução penal, devolverá os autos ao Ministério Público para que seja reformulada a proposta de acordo, com concordância do investigado e seu defensor. [...] § 7º O juiz poderá recusar homologação à proposta que não atender aos requisitos legais ou quando não for realizada a adequação a que se refere o § 5º deste artigo”.

29 Art. 2º, Parágrafo único - A lei posterior, que de qualquer modo favorecer o agente, aplica-se aos fatos anteriores, ainda que decididos por sentença condenatória transitada em julgado.

30 Art. 2º A lei processual penal aplicar-se-á desde logo, sem prejuízo da validade dos atos realizados sob a vigência da lei anterior.

31 AVENA, Norberto. **Processo penal**. 10. ed. rev., atual. e ampl. E-pub. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2018, p. 106.

plicitada, inicialmente, pelo Superior Tribunal de Justiça.<sup>32</sup> Posteriormente, o mesmo tribunal reconheceu a retroatividade, estabelecendo em um de seus julgados mais recentes que “é possível a aplicação retroativa do acordo de não persecução penal, desde que não recebida a denúncia. A partir daí, iniciada a persecução penal em juízo, não há que se falar em retroceder na marcha processual”.<sup>33</sup>

Ao analisar essa questão, constatou-se que o acordo de não persecução penal possui natureza processual – visto que traz alterações procedimentais – e penal – por ser causa de extinção da punibilidade. A Suprema Corte firmou o referido entendimento no HC nº 191.464/SC AgR<sup>34</sup>, sob a relatoria do Ministro Luís Roberto Barroso, o qual sedimentou a sua natureza híbrida.<sup>35</sup>

Realmente e *concessa venia*, a extinção da punibilidade resultante do cumprimento das obrigações fixadas no acordo de não persecução criminal parece conduzir à confirmação de que se afeta o direito punitivo do Estado, cabendo no ponto o tratamento de norma penal. Ainda que utilizada a categorização de norma híbrida, o resultado é o mesmo: de retroação benigna da lei nova. Além disso, Faraco Neto destaca o conteúdo material também em razão de sua clara relação com o direito fundamental à liberdade - outro argumento idôneo a justificar a retroatividade do artigo 28-A do Código de Processo Penal.<sup>36</sup>

Nesse sentido, Vasconcellos assevera que se trata de uma “norma processual de conteúdo material”.<sup>37</sup> Em consequência disso, o mesmo autor afirma que, nessa situação, “aplica-se a regra intertemporal de direito penal material”. Assim, entendeu-se que, devido aos impactos no direito material, o acordo de não persecução penal deverá retroagir para os casos anteriores à vigência da Lei nº 13.964/2019. É o que sustenta Rosa *et al.*:

32 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Ordinário em Habeas Corpus n. 130.175/SP**. Relator: Min. Felix Fischer, 25 de agosto de 2020. Disponível em: <[https://processo.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num\\_registro=202001682550&dt\\_publicacao=03/09/2020](https://processo.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202001682550&dt_publicacao=03/09/2020)>. Acesso em: 19 mar. 2023.

33 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial n. 1.976.249/SP**. Relatora: Min<sup>a</sup>. Laurita Vaz, 7 de fevereiro de 2022. Disponível em: <[https://processo.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num\\_registro=202103082329&dt\\_publicacao=14/02/2023](https://processo.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202103082329&dt_publicacao=14/02/2023)>. Acesso em: 31 mai. 2023.

34 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental no Habeas Corpus 191.464/SC**. Relator: Min. Luís Roberto Barroso, 11 de novembro de 2020. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docIP=IP&docID=754484857>>. Acesso em: 15 fev. 2023.

35 “A Lei nº 13.964/2019, no ponto em que institui o ANPP, pode ser considerada lei penal de natureza híbrida: (i) tem natureza processual por estabelecer a possibilidade de composição entre as partes com o fim de evitar a instauração da ação penal; e (ii) tem natureza material em razão da previsão de extinção da punibilidade de quem cumpre os deveres estabelecidos no acordo (art. 28-A, § 13, do Código de Processo Penal – CPP)”.

36 FARACO NETO, Pedro; LOPES, Vinícius Basso. Acordo de Não persecução penal: a retroatividade da lei penal mista e a possibilidade dos acordos após a instrução processual. **Boletim IBCCRIM**, ano 28, nº 331, jun./2020, p. 24.

37 VASCONCELLOS, Vinícius. Acordo de não persecução penal e a expansão da justiça criminal negocial: natureza, retroatividade e consequências ao descumprimento. **Boletim Revista dos Tribunais Online**, vol. 27, mai. 2022, p. 5.



E sendo a Lei n. 13.964/2019 uma lei de natureza mista, ou seja, com normas de direito penal e de direito processual penal, é preciso analisa-la através de uma ótica constitucional e que englobe o que ambos os códigos dizem sobre a aplicação da lei penal e processual penal no tempo. Todos e qualquer norma de direito penal, processual penal ou de execução penal tem que ser pensada dentro de um sistema penal, integrado, o que justifica a sua retroatividade quando ampliar direitos e garantias fundamentais, pois mais benéfica ao investigado/acusado.

Feito isso, podemos concluir que é possível a aplicação da Lei Anticrime em ações penais em curso, em especial no tocante ao acordo de não persecução penal, pois mais benéfico ao réu.<sup>38</sup>

O Supremo Tribunal Federal já havia se posicionado dessa forma no tocante à Lei n° 9.099/1995 (ADI n° 1.719<sup>39</sup>) e, mais especificamente, no tocante à transação penal e à suspensão condicional do processo (questão de ordem no Inquérito n° 1.055<sup>40</sup>). De acordo com a Suprema Corte neste último julgado, tais institutos “consagram medidas despenalizadoras em causa, qualificam-se como normas penais benéficas, [...] de incidência imediata”.

De outro lado, resta verificar se há limitação temporal para a retroatividade. Embora diversos precedentes jurisprudenciais admitam a incidência do acordo de não persecução criminal nas ações penais que já se encontravam em curso na data da vigência da Lei n° 13.964/2019, resta definir até quando isso seria possível.

Em um primeiro momento, a Suprema Corte entendeu que a aplicação retroativa do acordo de não persecução penal poderia ocorrer tão somente até o recebimento da denúncia.<sup>41</sup> Nesse sentido, há diversos precedentes da Primeira Turma: HC n° 191.464/SC AgR<sup>42</sup>, Relator Ministro Roberto Barroso; RHC n° 201.228/SC AgR<sup>43</sup>, Relator Ministro Dias Toffoli; HC n° 212.284/DF AgR<sup>44</sup>, Relato-

38 ROSA, Alexandre Moraes da; ROSA, Luísa Walter da; BERMUDEZ, André Luiz. **Como negociar o acordo de não persecução penal**: limites e possibilidades. 1ª ed. Florianópolis: Emais, 2021.

39 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1.719**. Relator: Min. Joaquim Barbosa, 18 de junho de 2007. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=474606>>. Acesso em: 15 fev. 2023.

40 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Questão de Ordem no Inquérito n. 1.055**. Relator: Min. Celso de Mello, 24 de abril de 1996. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=80791>>. Acesso em: 15 fev. 2023.

41 Em um de seus julgados sobre o tema (HC n° 199.950/PR), a Suprema Corte ementou que “embora cabível acordo de não persecução penal considerado fato anterior à Lei n. 13.964/2019, a natureza mista da norma conduz à retroação tendo como limite o recebimento da denúncia, quando inaugurada a fase processual”.

42 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental no Habeas Corpus 191.464/SC**. Relator: Min. Luís Roberto Barroso, 11 de novembro de 2020. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754484857>>. Acesso em: 15 fev. 2023.

43 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental no Recurso Ordinário em Habeas Corpus 201.228/SC**. Relator: Min. Dias Toffoli, 6 de dezembro de 2021. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=759654237>>. Acesso em: 19 mar. 2023.

44 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental no Habeas Corpus 212.284/DF**. Relatora: Minª. Rosa Weber, 4 de abril de 2022. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=760069688>>. Acesso em: 19 mar. 2023.

ra Ministra Rosa Weber; e HC nº 191.124/RO AgR<sup>45</sup>, Relator Ministro Alexandre de Moraes.

Esse é o entendimento compartilhado por Oliveira e Fisher, os quais sustentam que:

Aos fatos cometidos anteriormente (retroatividade), mas com denúncia recebida, não cabe o ANPP, pois processualmente há um óbice claro e expresso: somente pode ser aplicado desde que não recebida a denúncia, pois o momento de que trata a lei processual é o da fase do art. 28-A do CPP, quando, não sendo o caso de arquivamento do inquérito, estejam reunidas as condições para se evitar a ação penal, mediante acordo com o investigado.<sup>46</sup>

Também foi esse o entendimento majoritário do Superior Tribunal de Justiça, o qual utilizou como um de seus argumentos a não aprovação, no Congresso Nacional, do Projeto de Lei nº 882/2019, o qual previa o “acordo de não continuidade da ação penal”.<sup>47</sup>

Sem embargo, no tocante à suspensão condicional do processo (Lei nº 9.099/1995), o Supremo, no HC nº 74.305/SP<sup>48</sup>, já havia entendido que a retroatividade poderia ocorrer até a prolação da sentença condenatória. Nesse sentido, Araújo sustenta que “tem prevalecido a ideia de que a negociação é antecedente lógico do julgamento [...], seguindo-se a jurisprudência consolidada para o sursis processual, que permitia sua homologação até a sentença”.<sup>49</sup> Dessa forma, a referida Corte deu margem para tal entendimento, ainda que não expressamente, haja vista que reconheceu que o acordo de não persecução penal seria benéfico até à prolação da sentença condenatória.<sup>50</sup>

Interessante observar que, para Vasconcellos, o entendimento firmado no tocante à suspensão condicional do processo não pode ser integralmente “trans-

45 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental no Habeas Corpus 191.124/RO**. Relator: Min. Alexandre de Moraes, 8 de abril de 2021. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docIP=IP&docID=755564653>>. Acesso em: 19 mar. 2023.

46 OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de; FISHER, Douglas. **Comentários ao Código de Processo Penal e sua Jurisprudência**. 15ª ed., ver., atual. e ampl. São Paulo: Editora JusPodivm, 2023, p. 152.

47 Em decisão unânime, assim acordou a Quinta Turma do Supremo Tribunal Federal: “O Projeto de Lei 882/2019 também previa a figura do ‘Acordo de Não Continuidade da Ação Penal’ – não aprovado pelo Congresso Nacional –, o qual apenas poderia ser proposto após o recebimento da denúncia ou queixa e até o início da instrução processual, o que revela”.

48 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 74.305/SP**. Relator: Min. Moreira Alves, 9 de dezembro de 1996. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docIP=AC&docID=75135>>. Acesso em: 15 fev. 2023.

49 ARAÚJO, Gláucio Roberto Brittes de. Breves comentários sobre o acordo de não persecução penal. **Cadernos Jurídicos**, São Paulo, ano 22, nº 57, p. 161-177, jan./mar., 2021, p. 162.

50 Em seu voto, a Ministra Relatora Carmen Lúcia dispõe que, “considerando a finalidade do instituto, o acordo de não persecução penal desnatura-se após a sentença condenatória, pois não haverá benefício a ser extraído em favor do órgão ministerial” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 204.976/SP**. Relator: Min. Carmen Lúcia, 12 de agosto de 2021. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15347342233&ext=.pdf>>. Acesso em: 15 fev. 2023).

plantado” para o acordo em epígrafe, pois “verifica-se que tal interpretação partiu da premissa de que a finalidade da suspensão condicional do processo é distinta de uma transação penal, em sentido amplo (o que mais se aproxima do ANPP)”.<sup>51</sup> Com isso, referido autor aponta que o entendimento do Supremo foi firmando em razão da suspensão condicional do processo ter natureza eminentemente processual, o que, como já visto, não é plenamente aplicável ao acordo de não persecução penal, que possui conteúdo notoriamente material. Diante disso, limitá-lo até a sentença condenatória careceria de outra fundamentação.

Ainda que solitária e discreta, é possível encontrar na jurisprudência da Corte Especial o entendimento de que a retroatividade do acordo de não persecução penal – aos processos em andamento antes da vigência da Lei nº 13.964/2019 – seria possível até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória. No HC nº 575.395/RN AgRg, o Ministro Relator Nefi Cordeiro assim sustentou:

Com efeito, o cumprimento integral do acordo de não persecução penal gera a extinção da punibilidade (art. 28-A, §13, do CPP), de modo que como norma de natureza jurídica mista e mais benéfica ao réu, deve retroagir em seu benefício em processos não transitados em julgado (art. 5º, XL, da CF).<sup>52</sup>

Eis que, recentemente, tal entendimento tem conquistado relevante espaço na jurisprudência. O Supremo Tribunal Federal passou a reconhecer, expressamente, a possibilidade de aplicação retroativa do acordo de não persecução penal em processos em andamento, inclusive após a prolação da sentença.

Em decisões publicadas em outubro e novembro de 2022 (HC nº 221.969/SP<sup>53</sup>, HC nº 221.756/SP<sup>54</sup>, HC nº 214.408/SP<sup>55</sup>, HC nº 221.878/CE<sup>56</sup>, HC nº 213.966/

51 VASCONCELLOS, Vinícius. Acordo de não persecução penal e a expansão da justiça criminal negocial: natureza, retroatividade e consequências ao descumprimento. *Boletim Revista dos Tribunais Online*, vol. 27, mai. 2022, p. 6-7.

52 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Agravo Regimental no Habeas Corpus n. 575.395/RN*. Relator: Min. Nefi Cordeiro, 8 de setembro de 2020. Disponível em: <[https://processo.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num\\_registro=202000931310&dt\\_publicacao=14/09/2020](https://processo.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202000931310&dt_publicacao=14/09/2020)>. Acesso em: 15 fev. 2023.

53 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus 221.969/SP*. Relator: Min. Ricardo Lewandowski, 3 de novembro de 2022. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15354547716&ext=.pdf>>. Acesso em: 15 fev. 2023.

54 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus n. 221.756/SP*. Relator: Min. Ricardo Lewandowski, 26 de outubro de 2022. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15354469937&ext=.pdf>>. Acesso em: 15 fev. 2023.

55 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus 214.408/SP*. Relator: Min. Ricardo Lewandowski, 4 de outubro de 2022. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15353976461&ext=.pdf>>. Acesso em: 15 fev. 2023.

56 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus 221.878/CE*. Relator: Min. Ricardo Lewandowski, 7 de novembro de 2022. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15354608354&ext=.pdf>>. Acesso em: 15 fev. 2023.

SP AgRg<sup>57</sup> e HC n° 218.725/SC<sup>58</sup>), o Ministro Ricardo Lewandowski reconheceu a aplicação retroativa do acordo de não persecução penal aos processos em andamento quando da vigência da Lei n° 13.964/2019. Para fundamentar tais decisões, o mencionado Ministro invocou o HC n° 180.421/SP<sup>59</sup>, no qual a Suprema Corte decidiu pela retroatividade do §5° do artigo 171 do Código Penal.<sup>60</sup> De acordo com a Segunda Turma da referida Corte, tal dispositivo, por ser norma de conteúdo híbrido (penal e processual), “deve ser aplicada de forma retroativa a atingir tanto investigações criminais quanto ações penais em curso até o trânsito em julgado”.

Com essa compreensão, o Ministro Ricardo Lewandowski autorizou, no HC n° 221.756/SP<sup>61</sup>, a retroação da aplicação do acordo de não persecução penal em processo cuja sentença penal condenatória já havia sido proferida, embora não houvesse o trânsito em julgado. Entendeu, assim, que “o acordo de não persecução penal é aplicável também aos processos iniciados em data anterior à vigência da Lei 13.964/2019, desde que ainda não transitados em julgados [...]”.

Parte considerável da doutrina compartilha do mesmo entendimento. Para Badaró, o único fator que impediria a proposta do acordo de não persecução penal seria o trânsito em julgado. Nas palavras do autor:

O único óbice temporal é quando já houver coisa julgada. Não se desconhece que o art. 2º, caput, do Código de Processo Penal, prevê a aplicação da lei penal mais benéfica, mesmo após o trânsito em julgado da condenação penal. Mas essa regra se aplica aos casos de novatio legis in mellius, referente a institutos exclusivamente de direito penal. No caso de normas mistas, com conteúdo material e processual, a existência de um processo em curso é um limite que não pode ser transposto.<sup>62 63</sup>

57 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental no Habeas Corpus 213.966/SP**. Relator: Min. Ricardo Lewandowski, 3 de outubro de 2022. Disponível em: < <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15353965095&ext=.pdf> >. Acesso em: 15 fev. 2023.

58 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus n. 218.725/SC**. Relator: Min. Ricardo Lewandowski, 26 de outubro de 2022. Disponível em: < <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15354469937&ext=.pdf> >. Acesso em: 15 fev. 2023.

59 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus n. 180.421/SP**. Relator: Min. Edson Fachin, 22 de junho de 2021. Disponível em: < <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=758545380> >. Acesso em: 15 fev. 2023.

60 Também incluído pela Lei n° 13.964/2019, o §5° do artigo 171 do Código Penal passou a exigir representação como condição de procedibilidade para a persecução penal do crime de estelionato.

61 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus n. 221.756/SP**. Relator: Min. Ricardo Lewandowski, 26 de outubro de 2022. Disponível em: < <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15354469937&ext=.pdf> >. Acesso em: 15 fev. 2023.

62 BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo Penal**. 9ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, p. 118.

63 No mesmo sentido: “[...] na concepção clássica, essa seria uma norma mista, com prevalentes caracteres penais (pois uma vez cumprido, extingue a punibilidade) que retroagem para beneficiar o réu. Portanto, pode ser aplicado aos processos nascidos antes da vigência da Lei n. 13.964 e pode ser oferecido até o trânsito em julgado (LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 18ª ed. São Paulo: Saraiva, 2021, p. 220-221).

Não há dúvidas de que as normas mistas, exatamente em razão de seu conteúdo processual, precisam sofrer limitação temporal. Também não se discute que esse limite se dá por um fator do próprio processo. Discorda-se, todavia, do marco temporal proposto pelo referido autor. A retroação é limitada no fato de o processo estar ou não em andamento na época em que o acordo de não persecução penal passou a integrar a legislação brasileira. Eis o limite temporal. Entender que o trânsito em julgado de tal processo também seria um impeditivo, é legitimar a imposição de dois obstáculos intransponíveis para o exercício de um direito fundamental, o que não mais poderia se fundamentar tão somente no caráter híbrido da norma.

O Ministro Edson Fachin, em um primeiro momento, chegou a julgar como descabida a retroação após a denúncia (ARE nº 1.254.952/SP AgR, julgado em 17/08/2021)<sup>64</sup>. Recentemente, todavia, alterou convicção. Ao julgar o HC nº 220.249/SP<sup>65</sup>, de sua relatoria, o mesmo Ministro votou pela retroação do artigo 28-A do Código de Processo Penal, a despeito de já haver sentença penal condenatória quando o referido artigo foi inserido no ordenamento jurídico brasileiro. Tal entendimento foi acompanhado pelos demais Ministros integrantes da Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal.

Também no HC nº 217.275/SP AgReg<sup>66</sup>, o Ministro Edson Fachin, fundamentando-se nas decisões acima citadas, reconsiderou sua decisão agravada e ordenou que o Ministério Público analisasse a possibilidade de propor o acordo em ação penal que, quando da vigência da lei em epígrafe, já estava em andamento.

Ao expor suas razões de decidir, referido Ministro assim expressou:

Com efeito, o recebimento da denúncia ou mesmo a prolação da sentença não esvaziam a finalidade do ANPP, pois a sua celebração evita prisão cautelar, condenação criminal e seus efeitos (cumprimento de pena, reincidência, maus antecedentes, etc.) e o próprio processo (com todas as fases recursais). Tais marcos processuais não excepcionam a garantia constitucional de retroatividade da lei mais benéfica, mesmo sob o argumento da utilidade do instituto para o órgão de acusação. Ora, o critério da utilidade deve ser visto sob a óptica de todo o sistema de justiça criminal e dos atores envolvidos, incluindo aqui a vítima e o acusado.

64 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental no Recurso Extraordinário n. 1.254.952/SP**. Relator: Min. Edson Fachin, 17 de agosto de 2021. Disponível em: < <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=758230790>>. Acesso em: 31 mai. 2023.

65 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus n. 220.249/SP**. Relator: Min. Edson Fachin, 19 de dezembro de 2022. Disponível em: < <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=765312573>>. Acesso em: 31 mai. 2023.

66 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental no Habeas Corpus 217.275/SP**. Relator: Min. Edson Fachin, 19 de janeiro de 2023. Disponível em: < <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15355614677&ext=.pdf>>. Acesso em: 15 fev. 2023.

Neste último caso houve, ainda, uma particularidade que merece destaque. Quando o Ministro Edson Fachin proferiu tal decisão, em 19 de janeiro de 2023, a sentença penal condenatória já havia transitado em julgado, razão pela qual o *habeas corpus* foi impetrado como substitutivo de revisão criminal. Ainda assim, a ordem foi concedida de ofício, pois, uma vez que o processo ainda estava tramitando quando da vigência da Lei nº 13.964/2019, o posterior trânsito em julgado não obstaría o retorno dos autos para o Ministério Público, a fim de oportunizar a propositura do acordo.

O Ministério Público do Estado de São Paulo, entretanto, interpôs novo Agravo Regimental<sup>67</sup>. Coube, então, à Segunda Turma do Supremo analisar a decisão monocrática supra, oportunidade em que, mais uma vez por unanimidade, acompanhou o voto condutor e negou provimento ao recurso, mantendo a concessão da ordem que reconheceu a retroação do acordo de não persecução penal.

Sendo assim, a Segunda Turma do Suprema Corte admitiu a aplicação retroativa do acordo de não persecução penal após o trânsito em julgado, desde que a ação ainda estivesse em andamento quando a sua lei instituidora passou a ter vigência.

De fato, diante do entendimento da natureza híbrida do artigo 28-A do Código de Processo Penal, ou mesmo de norma penal, melhor deve ser a compreensão de sua retroação aos casos que, à época da entrada em vigor da Lei nº 13.964/2019, ainda estavam em tramitação. Acaso tenha o trânsito em julgado ocorrido já durante a vigência da lei nova, deve ser oportunizada a proposta de acordo por parte do Ministério Público, por expressa disposição constitucional que determina a retroatividade da lei penal mais benéfica.

Nada obstante, mais recentemente – em sessão realizada em 07/11/2023 –, a Primeira Turma também teve a oportunidade de decidir sobre a matéria. Ao julgar o HC nº 233.147/SP<sup>68</sup>, sob a relatoria do Ministro Alexandre de Moraes, sustentou-se que “é viável o acordo de não persecução penal, desde que não exista sentença condenatória e o pedido tenha sido formulado na primeira oportunidade de manifestação nos autos após a data de vigência do art. 28-A do CPP”.

A referida turma, então, regrediu em dois aspectos: a) permitiu a retroatividade somente até a sentença condenatória; e b) incluiu uma condicionante anteriormente não prevista, qual seja, a necessidade de manifestação da defesa na

67 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Segundo Agravo Regimental no Habeas Corpus n. 217.275/SP**. Relator: Edson Fachin, 27 de março de 2023. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=IP&docID=766775443>>. Acesso em: 31 mai. 2023.

68 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental no Habeas Corpus n. 233.147/SP**. Relator: Alexandre de Moraes, 07 de novembro de 2023. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=6752782>>. Acesso em: 09 dez. 2023.

primeira oportunidade após a entrada em vigor da Lei nº 13.964/2019. Tal entendimento apresenta um problema basilar: a inobservância do já mencionado preceito constitucional da retroatividade da lei penal mais benéfica. Além disso, a inclusão de mais um obstáculo à possibilidade de celebração do acordo, sem qualquer embasamento jurídico, sugere uma grave violação à Constituição Federal de 1988.

O tema, todavia, foi afetado ao Plenário da Suprema Corte no HC nº 185.913/DF<sup>69</sup>, ainda em 22/09/2020. O julgamento teve início no Plenário Virtual em 17/9/2021, tendo sido suspenso por pedido de vista, oportunidade em que o Ministro Gilmar Mendes apresentou voto fixando a seguinte tese:

É cabível o acordo de não persecução penal em casos de processos em andamento (ainda não transitados em julgado) quando da entrada em vigência da Lei 13.964/2019, mesmo se ausente confissão do réu até aquele momento. Ao órgão acusatório cabe manifestar-se motivadamente sobre a viabilidade de proposta, conforme os requisitos previstos na legislação, passível de controle, nos termos do artigo 28-A, §14, do CPP.

Na sessão virtual realizada entre os dias 15/09/2023 a 22/09/2023, após vários pedidos de vista, os Ministros Edson Fachin e Dias Toffoli acompanharam o voto do Relator e propuseram a seguinte tese:

[a] O Acordo de Não Persecução Penal é norma de natureza híbrida [material-processual], diante da consequente extinção da punibilidade, com incidência imediata em todos os casos sem trânsito em julgado da sentença condenatória, desde que requerida na primeira intervenção procedimental das partes após a vigência da Lei 13.964/19 [23/01/2020], em observância à boa-fé objetiva e à autovinculação das partes aos comportamentos assumidos [comissivos ou omissivos]; [b] O arguido não tem o direito subjetivo ao Acordo de Não Persecução Penal, mas sim o direito subjetivo à devida motivação e fundamentação quanto à negativa. A recusa ao Acordo de Não Persecução Penal deve ser motivada concretamente, com a indicação tangível dos requisitos objetivos e subjetivos ausentes [ônus argumentativo do legitimado ativo da ação penal], especialmente as circunstâncias que tornam insuficientes à reprovação e prevenção do crime; [c] É inválida a exigência de prévia confissão durante a Etapa de Investigação Criminal, porque dado o caráter negocial do Acordo de Não Persecução Penal, a confissão é circunstancial, relacionada à manifestação da autonomia privada para fins negociais, em que os cenários, os custos e benefícios são analisados, vedado, no caso de revogação do acordo, o reaproveitamento da confissão circunstancial [ad-hoc] como prova desfavorável durante a Etapa do Procedimento Judicial; e, [d] O Órgão Judicial exerce controle quanto ao objeto e termos do acordo, mediante a verificação do preenchimento dos pressupostos de existência, dos requisitos de validade e das condições da eficácia, podendo decotar ou

69 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* n. 185.913/DF. Relator: Min. Gilmar Mendes, 22 de setembro de 2020. Disponível em: < <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15344488197&ext=.pdf>>. Acesso em: 15 fev. 2023.

negar, de modo motivado e fundamentado, a respectiva homologação [CPP, art. 28-A, §§ 7º, 8º e 14].

Foi realizado, em seguida, um novo pedido de vista, dessa vez pelo Ministro Alexandre de Moraes. Ao apresentar o voto-vista na sessão virtual de 17/11/2023 a 24/11/2023, o referido Ministro, acompanhado pela Ministra Cármen Lúcia, divergindo do Relator, reafirmou a tese anteriormente fixada pela Primeira Turma da Suprema Corte, a qual possibilita a celebração do acordo somente até a sentença penal condenatória e desde que haja manifestação da defesa na primeira oportunidade processual.

Ainda na mesma sessão virtual, o Ministro Cristiano Zanin, por outro lado, acompanhou integralmente o voto do Relator Ministro Gilmar Mendes. Nada obstante, os Ministros Edson Fachin e Dias Toffoli, que anteriormente também haviam acompanhado o Relator, refluíram em parte, a fim de divergir somente no tocante a necessidade de a defesa ter se manifestado na primeira oportunidade.

Por fim, o Ministro André Mendonça pediu vista dos autos. Assim sendo, a matéria continua inconclusiva, uma vez que, até o momento, os Ministros já propuseram a fixação de três teses diferentes.

Em síntese, as posições fixadas até o momento no julgado do HC nº 185.913/DF<sup>70</sup> são as seguintes: i) Ministros Gilmar Mendes e Cristiano Zanin: o acordo de não persecução penal poderá ser celebrado nos processos que já estavam em andamento quando da vigência da Lei nº 13.964/2019, desde que não tenha ocorrido o trânsito em julgado, bem como a defesa tenha manifestado o interesse na primeira oportunidade processual; ii) Ministros Edson Fachin e Dias Toffoli: o acordo poderá ser celebrado até o trânsito em julgado, acompanhando o Relator neste ponto, dispensado, todavia, a exigência de manifestação da defesa na primeira oportunidade; e iii) Ministros Alexandre de Moraes e Carmen Lúcia: o acordo poderá ser celebrado somente até a sentença penal condenatória, desde que a defesa tenha manifestado o interesse na primeira oportunidade processual.

Há, ainda, aqueles que defendem a retroatividade ilimitada, é dizer, a retroatividade do acordo a todos os processos, mesmo no caso de ter havido o trânsito em julgado antes da vigência da Lei nº 13.964/2019, inclusive se o condenado já tiver cumprido a pena<sup>71</sup>. Para os adeptos desse posicionamento, as limitações temporais da retroação da norma mais benéfica criam barreiras insuperáveis não

70 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* n. 185.913/DF. Relator: Min. Gilmar Mendes, 22 de setembro de 2020. Disponível em: < <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15344488197&text=.pdf>>. Acesso em: 15 fev. 2023.

71 MARTINELLI, João Paulo Orisni; Silva, Luís Felipe Sene da. Mecanismos de justiça consensual e o acordo de não persecução penal. In: *Acordo de não persecução penal*. Leonardo Schmitt de Bem, João Paulo Martinelli (org.). Belo Horizonte, São Paulo: D'Plácido, 2020, p. 51-75.



previstas pelo constituinte (inciso XL, artigo 5º, CF/88) e tampouco pelo legislador ordinário (artigo 2º, parágrafo único, do Código Penal).<sup>72</sup> Apesar de reconhecerem a possibilidade de colapso do judiciário caso o acordo de não persecução penal seja aplicável aos processos que, quando da vigência da Lei nº 13.964/2019, já haviam transitado em julgado, sustentam que “não se pode legitimar argumentos utilitaristas para barrar avanços civilizatórios”.<sup>73</sup> Este entendimento, porém, não foi adotado pelos tribunais superiores e não tem ocupado espaço relevante na discussão da matéria.

Como já mencionado retro, o caráter misto do artigo 28-A do Código de Processo Penal impõe um limite à retroação. Tal barreira deve ser fundamentada no próprio processo, que, conforme sustentado aqui, deve ser a sua (in)existência quando da vigência da referida norma. Não se trata de mero argumento utilitarista, uma vez que se fundamenta na própria natureza do instituto criado.

Mesmo pendente a solução do tema pela final definição do HC nº 185.913/DF<sup>74</sup>, de relatoria do Ministro Gilmar Mendes, no âmbito do Plenário da Suprema Corte, os influxos da jurisprudência dos tribunais de apelação e, especialmente, da doutrina nacional, são recebidos e podem influir no julgamento final dessa importante questão. Definir-se-á a natureza jurídica da norma negocial que extingue a punibilidade, sua retroatividade, limites e efeitos (na quantidade de processos, na população carcerária *etc.*).

## 5 Conclusão

A constitucionalização do direito penal e do processo criminal é fenômeno da moderna Constituição garantidora de 1988. Direitos à não culpabilidade, à ampla defesa e contraditório, ao devido processo legal, à duração razoável do processo, à legalidade e à obrigatoriedade precisam ser respeitados e maximizados, como postulados fundamentais ao cidadão. São direitos, porém, que não podem ser impostos ao favorecido para prejudicá-lo: a justiça negocial exige nova compreensão desses postulados, para que se constituam em limites mas não impliquem em obstáculo a favores desejados pelo cidadão criminalmente perseguido. A justiça negocial criminal é tendência ocidental de eficiência e segurança, somente realizada em favor do cidadão tecnicamente assistido.

72 BEM, Leonardo Schmitt de; MARTINELLI, João Paulo. O limite temporal da retroatividade do acordo de não persecução penal. **JOTA**. Disponível em < [https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/o-limite-temporal-da-retroatividade-do-acordo-de-nao-persecucao-penal-24022020#\\_ftn5](https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/o-limite-temporal-da-retroatividade-do-acordo-de-nao-persecucao-penal-24022020#_ftn5)>. Acesso em 13 fev 2023.

73 EILBERG, Daniela Dora. Legalidade processual e aplicação do acordo de não persecução penal em processos em curso. **Revista da Defensoria Pública RS**, 26ª ed., 2020, p. 326-327.

74 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus n. 185.913/DF**. Relator: Min. Gilmar Mendes, 22 de setembro de 2020. Disponível em: < <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15344488197&ext=.pdf>>. Acesso em: 15 fev. 2023.

Já classicamente admitiu-se a negociação criminal no país desde os Juizados Criminais, com os institutos da transação penal e da suspensão condicional do processo, além da mais recente negociação pela colaboração premiada. E, seguindo essa tendência – de um processo criminal cada vez mais das partes –, foi publicada a Lei n.º 13.964/2019 (“Pacote Anticrime”), que acrescentou o artigo 28-A ao Código de Processo Penal, criando o acordo de não persecução penal (já antes previsto pelas Resoluções n.º 181/2017 e 183/2018 do CNPM).

Trata-se de um instituto que permite o acordo entre acusação e defesa, evitando a ação penal por confissão circunstancial e favorecimento na resposta estatal, resultando o cumprimento das obrigações acordadas em extinção da punibilidade. É caminho de desprocessualização e despenalização, reservando a jurisdição criminal para excepcionais danos sociais.

A evolução doutrinária e jurisprudencial permanece na definição da natureza jurídica do acordo de não persecução penal e sua possível retroação – em que limites. O Plenário do Supremo Tribunal Federal ainda não concluiu a definição do tema, cuja constitucionalidade permanece, inclusive porque não solvidas a ADI n.º 6.304 e a ADI n.º 6.345.

Na Suprema Corte, alguns julgados de colegiado e pulverizadas decisões monocráticas têm demonstrado um caminhar da não retroação, à admissão de norma mista e uma nova vertente de retroação maior, para feitos em andamento na época de vigência da nova lei mais benigna, ainda que hoje já transitados em julgado.

Na competência do debate acadêmico, não se pode deixar de reconhecer que o instituto que permite a extinção da punibilidade afeta o direito punitivo estatal e nesse limite é norma penal, devendo retroagir em favor do agente. O inciso XL da Constituição Federal expressa a retroatividade da lei penal mais benéfica e indica opção brasileira pelo direito ao melhor tratamento frente ao poder punitivo estatal.

De todo coerente é o acórdão proferido no segundo Agravo Regimental no HC n.º 217.275, ordenando que fosse oportunizado ao Ministério Público o oferecimento do acordo a condenado com trânsito em julgado, pois na entrada em vigor da lei nova o feito ainda se encontrava em andamento. É este, portanto, o único limite que deve ser imposto à retroação da norma em razão do seu caráter híbrido. A rápida ou lenta tramitação do processo não deve ser obstáculo ao direito criado por nova lei penal.

Enquanto isso, o julgamento do HC n.º 185.913 segue indefinido. Dentre as três teses até agora apresentadas pelos votos de seis dos onze Ministros da Suprema Corte (Gilmar Mendes, Fachin, Dias Toffoli, Alexandre de Moraes e Cármen

Lúcia), nenhuma sustenta a possibilidade de retroação após o trânsito em julgado, nem nos processos já em andamento quando da entrada em vigor da Lei nº 13.964/2019 e tampouco naqueles que, no mesmo período, já haviam encerrado a possibilidade recursal.

Além disso, a inclusão de mais uma condicionante – quatro dos seis votos entenderam que a retroação só seria possível se a defesa tiver se manifestado na primeira oportunidade processual – sugere um desarrazoado impedimento (criado posteriormente e sem qualquer amparo constitucional ou legal) à aplicação de norma penal mais benéfica. Não deve o direito processual penal admitir que se restrinja a negociação das partes, tendência inafastável.

O consenso é cada vez mais a solução do justo, inclusive na seara criminal. Contendo-se abusos acusatórios, limitando-se a negociação ao devido processo instituído pela lei e garantindo-se ao cidadão perseguido efetivo direito de opção (com apoio técnico e probatório), o acordo de não persecução criminal tende a produzir reflexos benéficos aos cidadãos (que serão favorecidos com menor resposta estatal), à jurisdição (restringida sua atuação a casos mais graves), ao aparato penitenciário (pela redução de condenados, especialmente em regime fechado) e à sociedade (pela mais pronta pacificação).

Não há sentido jurídico em impedir retroação a norma de favorecimento de pena (com extinção da punibilidade); não há sentido lógico em impedir a retroação pela rapidez ou demora do específico feito; não há sentido social em impedir os majoritariamente benéficos efeitos da negociação pelo acordo de não persecução criminal. A retroação deve ser admitida, portanto, a todos os feitos em andamento na vigência da nova lei penal (ou mista) mais benigna.

## Referências bibliográficas

- AVENA, Norberto. Processo penal . 10. ed. rev., atual. e ampl. E-pub. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2018.
- ARÁÚJO, Gláucio Roberto Brittes de. Breves comentários sobre o acordo de não persecução penal. **Cadernos Jurídicos**, São Paulo, ano 22, nº 57, p. 161-177, jan./mar., 2021.
- BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo Penal**. 9ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Regimental na Petição no Agravo em Recurso Especial n. 1.664.039/PR**. Relator: Min. Reynaldo Soares da Fonseca, 20 de outubro de 2020. Disponível em: <[https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1995994&num\\_registro=202000358426&data=20201026&peticao\\_numero=202000770059&formato=PDF](https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1995994&num_registro=202000358426&data=20201026&peticao_numero=202000770059&formato=PDF)>. Acesso em: 15 fev. 2023.
- \_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial n. 1.976.249/SP**. Relatora: Minª. Laurita Vaz, 7 de fevereiro de 2022. Disponível em: <[https://processo.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num\\_registro=202103082329&dt\\_publicacao=14/02/2023](https://processo.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202103082329&dt_publicacao=14/02/2023)>. Acesso em: 31 mai. 2023.
- \_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Regimental no Habeas Corpus n. 575.395/RN**. Relator: Min. Nefi Cordeiro, 8 de setembro de 2020. Disponível em: <<https://processo.stj.jus.br/SCON/>>

GetInteiroTeorDoAcordao?num\_registro=202000931310&dt\_publicacao=14/09/2020 >. Acesso em: 15 fev. 2023.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Ordinário em Habeas Corpus n. 130.175/SP**. Relator: Min. Felix Fischer, 25 de agosto de 2020. Disponível em: <[https://processo.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num\\_registro=202001682550&dt\\_publicacao=03/09/2020](https://processo.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202001682550&dt_publicacao=03/09/2020)>. Acesso em: 19 mar. 2023.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1.719**. Relator: Min. Joaquim Barbosa, 18 de junho de 2007. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=474606>>. Acesso em: 15 fev. 2023.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 5.790**. Relator: Min. Ricardo Lewandowski, 06 de outubro de 2017. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5283027>>. Acesso em: 15 fev. 2023.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 5.793**. Relator: Min. Ricardo Lewandowski, 13 de outubro de 2017. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5288159>>. Acesso em: 15 fev. 2023.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 6.300**. Relator: Min. Luiz Fux, 22 de janeiro de 2020. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5840552>>. Acesso em: 15 fev. 2023.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 6.304**. Relator: Min. Luiz Fux, 16 de janeiro de 2020. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5843708>>. Acesso em: 15 fev. 2023.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 6.305**. Relator: Min. Luiz Fux, 20 de janeiro de 2020. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5843708>>. Acesso em: 15 fev. 2023.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental na Petição 8.482/DF**. Relator: Min. Edson Fachin, 31 de maio de 2021. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=757360051>>. Acesso em: 31 mai. 2023.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental no Habeas Corpus 191.124/RO**. Relator: Min. Alexandre de Moraes, 8 de abril de 2021. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=755564653>>. Acesso em: 19 mar. 2023.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental no Habeas Corpus 191.464/SC**. Relator: Min. Luís Roberto Barroso, 11 de novembro de 2020. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754484857>>. Acesso em: 15 fev. 2023.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental no Habeas Corpus 212.284/DF**. Relatora: Min<sup>a</sup>. Rosa Weber, 4 de abril de 2022. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=760069688>>. Acesso em: 19 mar. 2023.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental no Habeas Corpus 213.966/SP**. Relator: Min. Ricardo Lewandowski, 3 de outubro de 2022. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15353965095&ext=.pdf>>. Acesso em: 15 fev. 2023.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental no Habeas Corpus 217.275/SP**. Relator: Min. Edson Fachin, 19 de janeiro de 2023. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15355614677&ext=.pdf>>. Acesso em: 15 fev. 2023.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental no Habeas Corpus n. 233.147/SP**. Relator: Alexandre de Moraes, 07 de novembro de 2023. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=6752782>>. Acesso em: 09 dez. 2023.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental no Recurso Extraordinário n. 1.254.952/SP**. Relator: Min. Edson Fachin, 17 de agosto de 2021. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=758230790>>. Acesso em: 31 mai. 2023.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental no Recurso Ordinário em Habeas Corpus 201.228/SC**. Relator: Min. Dias Toffoli, 6 de dezembro de 2021. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=759654237>>. Acesso em: 19 mar. 2023.

- \_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* 74.305/SP. Relator: Min. Moreira Alves, 9 de dezembro de 1996. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=75135>>. Acesso em: 15 fev. 2023.
- \_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* n. 180.421/SP. Relator: Min. Edson Fachin, 22 de junho de 2021. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=758545380>>. Acesso em: 15 fev. 2023.
- \_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* n. 185.913/DF. Relator: Min. Gilmar Mendes, 22 de setembro de 2020. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15344488197&ext=.pdf>>. Acesso em: 15 fev. 2023.
- \_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* 186.289/RS. Relator: Min. Cármen Lúcia, 29 de junho de 2022. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15352196191&ext=.pdf>>. Acesso em: 15 fev. 2023.
- \_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* 199.950/PR. Relator: Min. Marco Aurélio, 14 de junho de 2021. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=756189631>>. Acesso em: 15 fev. 2023.
- \_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* 204.976/SP. Relator: Min. Cármen Lúcia, 12 de agosto de 2021. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15347342233&ext=.pdf>>. Acesso em: 15 fev. 2023.
- \_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* 214.408/SP. Relator: Min. Ricardo Lewandowski, 4 de outubro de 2022. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15353976461&ext=.pdf>>. Acesso em: 15 fev. 2023.
- \_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* n. 218.725/SC. Relator: Min. Ricardo Lewandowski, 26 de outubro de 2022. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15354469937&ext=.pdf>>. Acesso em: 15 fev. 2023.
- \_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* n. 220.249/SP. Relator: Min. Edson Fachin, 19 de dezembro de 2022. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=765312573>>. Acesso em: 31 mai. 2023.
- \_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* n. 221.756/SP. Relator: Min. Ricardo Lewandowski, 26 de outubro de 2022. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15354469937&ext=.pdf>>. Acesso em: 15 fev. 2023.
- \_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* 221.878/CE. Relator: Min. Ricardo Lewandowski, 7 de novembro de 2022. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15354608354&ext=.pdf>>. Acesso em: 15 fev. 2023.
- \_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* 221.969/SP. Relator: Min. Ricardo Lewandowski, 3 de novembro de 2022. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15354547716&ext=.pdf>>. Acesso em: 15 fev. 2023.
- \_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 6.298.** Relator: Min. Luiz Fux, 22 de janeiro de 2020. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15342203606&ext=.pdf>>. Acesso em: 15 fev. 2023.
- \_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 6.299.** Relator: Min. Luiz Fux, 15 de janeiro de 2020. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15342138711&ext=.pdf>>. Acesso em: 15 fev. 2023.
- \_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Questão de Ordem no Inquérito n. 1.055.** Relator: Min. Celso de Mello, 24 de abril de 1996. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=80791>>. Acesso em: 15 fev. 2023.
- \_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Segundo Agravo Regimental no Habeas Corpus n. 217.275/SP.** Relator: Edson Fachin, 27 de março de 2023. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=766775443>>. Acesso em: 31 mai. 2023.
- \_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Súmula n. 696.** Sessão Plenária, 24 de setembro de 2003. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/seq-sumula696/false>>. Acesso em: 15 fev. 2023. CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz, org. **Comentários à Constituição do Brasil.** 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2018 (Série IDP).

- CARNEIRO, Andréa Walmsley Soares. Acordo de não-persecução penal: constitucionalidade do método negocial no processo penal. *Revista Delictae*, v. 4, n. 7, jul./dez. 2019, p. 23-41.
- CAVALCANTE, André Clark Nunes; LIMA, Antônio Edilberto Oliveira; PINHEIRO, Igor Pereira; VACCARO, Luciano; ARAS, Vladimir. **Lei Anticrime comentada**. Leme: JH Mizuno, 2020.
- CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO. Altera os artigos 1º, 3º, 6º, 7º, 8º, 9º, 10, 13, 15, 16, 18, 19 e 21 da Resolução n. 181, de 7 de agosto de 2º17. **Resolução n. 183**, de 24 de janeiro de 2018. Disponível em: < <https://www.cnmp.mp.br/portal/imagens/noticias/2020/março/Resolucao-183.pdf>>. Acesso em: 15 out. 2020.
- CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO. Dispõe sobre a instauração e tramitação do procedimento investigatório criminal a cargo do Ministério Público. **Resolução n. 181**, de 7 de agosto de 2017. Disponível em: < <https://www.cnmp.mp.br/portal/atos-e-normas-busca/norma/5277>>. Acesso em: 15 out. 2020.
- CORDEIRO, Nefi. **COLABORAÇÃO PREMIADA** atualizada pela Lei Anticrime. BH: Letramento, 2021.
- EILBERG, Daniela Dora. Legalidade processual e aplicação do acordo de não persecução penal em processos em curso. *Revista da Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul*, 26ª ed., 2020, p. 313-330.
- FARACO NETO, Pedro; LOPES, Vinícius Basso. Acordo de Não persecução penal: a retroatividade da lei penal mista e a possibilidade dos acordos após a instrução processual. *Boletim IBCCRIM*, ano 28, nº 331, jun./2020.
- HASSEMER, Winfried. *La persecución penal: legalidad y oportunidad*. *Revista Jueces para la democracia*, n. 4, set./1988, p. 8-11.
- LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 18ª ed. São Paulo: Saraiva, 2021.
- MARTINELLI, João Paulo Orisni; Silva, Luís Felipe Sene da. Mecanismos de justiça consensual e o acordo de não persecução penal. In: **Acordo de não persecução penal**. Leonardo Schmitt de Bem, João Paulo Martinelli (org.). Belo Horizonte, São Paulo: D'Plácido, 2020, p. 51-75.
- OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de; FISHER, Douglas. **Comentários ao Código de Processo Penal e sua Jurisprudência**. 15ª ed., ver., atual. e ampl. São Paulo: Editora JusPodivm, 2023.
- PACELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal**. 26ª ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Editora JusPodivm, 2022.
- SOARES, Rafael Junior; BORRI, Luiz Antonio; BATTINI, Lucas Andrey. Breves considerações sobre o acordo de não persecução penal. *Revista do Instituto de Ciências Penais*, vol. 5, dez./mai. 2020, p. 213-231.
- RESENDE, Augusto César Leite de. Direito (subjetivo) ao acordo de não persecução penal e controle judicial: reflexões à luz da teoria dos direitos fundamentais. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, v. 6, n. 3, set./dez. 2020, p. 1543-1582.
- ROSA, Alexandre Moraes da; ROSA, Luísa Walter da; BERMUDEZ, André Luiz. **Como negociar o acordo de não persecução penal**: limites e possibilidades. 1ª ed. Florianópolis: Emais, 2021.
- SCHÜNNEMANN, Bernd. El proprio sistema de la teoría del delito. *InDret*, Barcelona, jan./2008, p. 1-20.
- VASCONCELLOS, Vinícius Gomes de. Não-obrigatoriedade e acordo penal na Resolução 181/2017 do Conselho Nacional do Ministério Público. *Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*, ano 25, n. 299, out. 2017, p. 7-9.
- \_\_\_\_\_. **Colaboração Premiada no Processo Penal**. 1. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.
- \_\_\_\_\_. Acordo de não persecução penal e a expansão da justiça criminal negocial: natureza, retroatividade e consequências ao descumprimento. *Boletim Revista dos Tribunais Online*, vol. 27, mai. 2022
- \_\_\_\_\_. O acordo de não persecução penal na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal em 2020 e 2021. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, vol. 191, ano 30, p. 93-120. São Paulo: Ed. RT., jul./ago. 2022. DOI: [<https://doi.org/10.54415/rbccrim.v191in.%20191.117>].

# ANPP, MINISTÉRIO PÚBLICO E DIREITOS FUNDAMENTAIS: RELATÓRIO FINAL DO GRUPO DE PESQUISA EM SEGURANÇA PÚBLICA E CRIMINALIDADE - GEP/SPCRIM, DO MINISTÉRIO PÚBLICO DA BAHIA

*ELMIR DUCLERC RAMALHO JUNIOR<sup>1</sup>*

*CAMILA ANDRADE<sup>2</sup>*

*LIA NUNES BARRETO<sup>3</sup>*

**Sumário:** 1 Notas introdutórias; 2 Descrição e análise quali-quantitativa dos resultados obtidos; 2.1 Condições impostas; 2.2 A pessoa acusada: perfil, defesa efetiva e confissão; 2.3 Perfil e atenção à vítima; 3 Conclusões; Referências bibliográficas.

## 1 Notas introdutórias

O presente relatório tem por objeto o trabalho desenvolvido pelo Grupo de Pesquisa em Segurança Pública e Criminalidade, do Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional do Ministério Público do Estado da Bahia - CEAF/MPBA (doravante denominado GEP/SPCRIM), no período 2021/2022, desde a implementação dos grupos de pesquisa no âmbito do MPBA, com a publicação do Edital 02/2020/CEAF, de 9 de novembro de 2020, até a presente data.

O mencionado edital materializa e expressa a louvável iniciativa do Ministério Público da Bahia em incorporar a pesquisa institucional como uma de suas rotinas, especialmente a partir da criação da Unidade de Fomento à Pesquisa (UFPCI), no âmbito do CEAF (<https://ceafpesquisa.mpba.mp.br/>).

De acordo com o instrumento apresentado, e depois de consultada a classe, foram oferecidos 12 eixos temáticos específicos, que compõem a linha de pesquisa

- 1 Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado da Bahia. Doutor em Direito pela Universidade Estácio de Sá e Mestre em Ciências Penais pela Universidade Cândido Mendes. Atualmente é professor adjunto de processo penal da Universidade Federal da Bahia. Líder do Grupo de Pesquisa em Segurança Pública e Criminalidade, vinculado à Unidade de Fomento à Pesquisa Científica e Inovação, do CEAF - MPBA, nos biênios 2021/2022 e 2023/2024.
- 2 Graduada em Direito pela Universidade Federal da Bahia e Graduada no Bacharelado Interdisciplinar em Humanidades com ênfase em Estudos Jurídicos pela Universidade Federal da Bahia. Foi integrante do Grupo de Pesquisa em Segurança Pública e Criminalidade, vinculado à Unidade de Fomento à Pesquisa Científica e Inovação, do CEAF - MPBA, no biênio 2021/2022.
- 3 Acadêmica do curso de Direito da Universidade Federal da Bahia (UFBA). Foi integrante do Grupo de Estudos e Pesquisa em Segurança Pública e Criminalidade do Ministério Público do Estado da Bahia no ciclo 2021/2022.

institucional “O Ministério Público do Estado da Bahia e a efetividade dos direitos fundamentais”.

O que se verá, portanto, é o relato dos resultados finais, coletados e analisados, conforme a metodologia e o referencial teórico escolhidos, relativamente ao GEP/SPCRIM (Grupo de Estudos e Pesquisa em Segurança Pública e Criminalidade).

O trabalho está originalmente estruturado nos seguintes tópicos: 1 Notas introdutórias; 2 Histórico; 3 Referencial teórico adotado; 4 Metodologia; 5 Descrição e análise do fluxo interno e instrumentos normativos relativos ao acordo de não persecução penal (ANPP), no âmbito do MPBA; 6 Descrição e análise quali-quantitativa dos resultados obtidos; 7 Conclusões; 8 Referências Bibliográficas; 9 Anexos.

Para a publicação, entretanto, foi dividido em duas partes, de modo que esta segunda parte mantém o presente tópico, de notas introdutórias, mas avança para a seção *Descrição e análise quali-quantitativa dos resultados obtidos*, com o tópico 2.1, *Condições impostas*.

## **2 Descrição e análise quali-quantitativa dos resultados obtidos**

No presente tópico serão apresentados e comentados os resultados obtidos pela pesquisa nos processos de ANPP, enfrentando cada uma das questões propostas, em seus aspectos quantitativos e qualitativos, sempre à luz do referencial teórico adotado, na ordem, e conforme o agrupamento que orientou a construção do instrumento analítico.

Conforme o plano inicialmente traçado, as informações foram agrupadas em subtópicos temáticos, que correspondem, justamente, ao tratamento institucional: dos requisitos legais para a aplicação do instituto (5.1 e 5.2 da primeira parte da publicação); das condições (contrapartidas) mais frequentemente exigidas dos acusados (2.1); do perfil e dos direitos fundamentais da pessoa acusada (2.2); e, por fim, do perfil e da atenção dispensada à vítima (2.3).

### **2.1 Condições impostas**

No presente tópico serão apresentados os dados coletados que se relacionam mais diretamente com as condições legais exigidas pelo Ministério Público para abrir mão da via tradicional de persecução penal.

Pensando, também aqui, na função declarada do instituto (abrir mão de carga acusatória em *troca de resultado certo e imediato*), tem-se aqui o rol de *condições*, isto é, de sujeições que o acusado voluntariamente aceitará, para não correr o risco de um resultado mais gravoso. E tem-se, também aqui, um formidável poder



discrecionário que o legislador tratou de facultar à instituição, de escolher, cumulativa ou alternativamente, entre as várias possibilidades expressamente previstas nos quatro primeiros incisos do art. 28-A do Código de Processo Penal (CPP)<sup>4</sup>, e ainda o poder de criar uma, desde que *proporcional e compatível com a infração penal imputada*.

Inicialmente, observe-se que no subtópico 5.1 (*Requisitos para a realização do ANPP: necessidade, utilidade e adequação do acordo*, disponível na primeira parte deste trabalho) já ficou demonstrado que há um déficit de fundamentação na própria decisão de propor ou deixar de propor o acordo, o que torna óbvia a resposta quanto à fundamentação da escolha das condições. Vale, pois, o que já foi dito alhures, sobre *grandes poderes e grandes responsabilidades*, e sobre a necessidade de prover os promotores com informações e protocolos que os permitam decidir de forma fundamentada, e conforme padrões de política criminal minimamente consistentes, sobre que condição é mais adequada para cada caso.

Antes de tudo, seria indispensável densificar a reflexão e o debate interno sobre as próprias funções (declaradas) da pena criminal, em suas várias variantes, bem como sobre os seus eventuais *equivalentes funcionais*, bem como sobre a compatibilidade de cada uma delas com o arcabouço de princípios que conforma o processo penal brasileiro, desde a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CR/88).

É fundamental, portanto, a criação de espaços institucionais de discussão crítica que permitam uma contínua reflexão sobre as diversas teorias da pena que, numa rápida mirada, já se percebem acolhidas nos diversos incisos do art. 28-A, do CPP, assim como nos artigos do Código Penal relacionados às penas criminais.

Não é por acaso, portanto, que a instituição do ANPP tem reanimado, no ambiente acadêmico, reflexões em torno da constitucionalidade de qualquer possibilidade de aplicação, ainda que mediante acordo, de qualquer medida que tenha natureza de pena criminal, sem o devido processo legal (com contraditório e ampla defesa), o que coloca sob suspeita as condições previstas nos incisos I e II do art. 28-A. Mormente quando se pretende utilizar a confissão circunstanciada do acusado como elemento de prova, caso haja o descumprimento dessas condições.

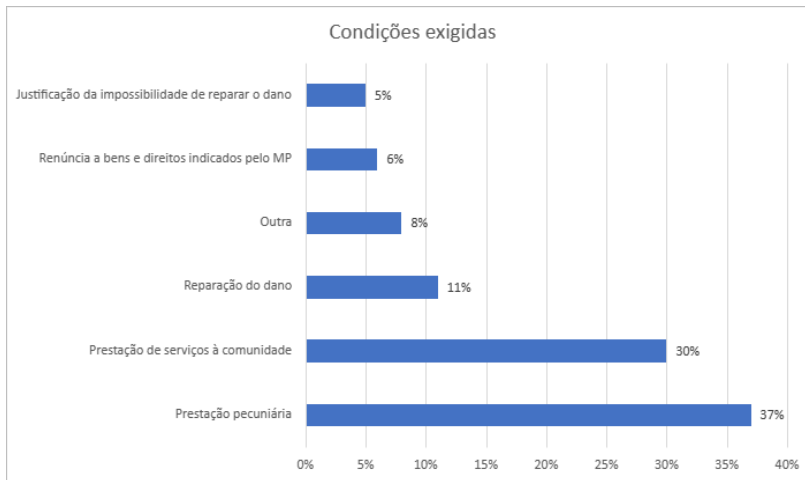
Além disso, uma discussão responsável sobre as teorias da pena supõe uma compreensão mais clara dos mecanismos *não penais* de solução de conflitos (alguns expressamente previstos na nova Lei), da lógica (ou sistema) que lhes dá sustentação e de suas possíveis interações com as medidas de caráter penal. Uma discussão madura sobre tais questões bem poderá produzir uma cultura institucional que

4 BRASIL. Decreto-Lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3689.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm). Acesso em: 9 out. 2023.

permita responder de maneira fundamentada e responsável (*accountable*) porque, num certo caso penal, por exemplo, o órgão ministerial se contenta (ou não) com a mera reparação civil do dano, como condição para não denunciar.

Feitas essas considerações iniciais, os dados encontrados são os seguintes:

Gráfico 1 - Condições exigidas



Fonte: Elaborado pelos autores (2022).

Como se pode observar, há uma prevalência acentuada de prestação pecuniária e de prestação de serviço comunitário voluntário, o que denota (incluindo-se também a renúncia de bens e direitos) uma certa preferência por condições que, embora não determinem privação intensa de liberdade, estão expressamente previstas na Lei como espécies de pena, com todos os complicadores já referidos, de (in)compatibilidade com o *devido processo legal*.

Por outro lado, não se pode deixar sem registro que a prestação pecuniária desponte como a mais utilizada das condições. Além disso, somando-se à reparação do dano e à renúncia de bens e direitos, aponta para um modelo em que a resolução *alternativa* do caso penal passa quase sempre por uma contrapartida de natureza *patrimonial*.

Chama atenção, também, a baixa incidência das “outras” condições, criadas pelo próprio MP, como facultado pelo art. 28-A, V. Isso porque seria justamente nesse espaço que o Ministério Público poderia chamar para si o protagonismo na formulação de políticas concretas de segurança pública, apresentando a solução que lhe parecesse mais adequada para o caso. Aqui, por exemplo, poderia ser o espaço para a introdução de mecanismos de *justiça restaurativa*, que, como se sabe, sinalizam com uma *restauração* da vítima que pretende ir muito além da compensação material pelo dano sofrido.

Nos poucos casos em que a faculdade de criar condições foi utilizada pelo MP, destacam-se as seguintes: a) realizar cursos específicos (curso de direção defensiva, programa educativo voltado à informação/advertência acerca dos efeitos de uso de entorpecentes etc.); b) promover publicações educativas; c) manter endereço atualizado e informar ao juízo em caso de mudança ou saída da cidade; d) renunciar o valor pago como fiança; e) fornecer à instituição indicada cestas básicas; f) fazer publicações no Instagram pessoal, desde que tenha mais de 100 seguidores, sobre tema específico.

É importante registrar, contudo, que o enunciado 21, do CONCRIM, ratificado na Nota Técnico-Jurídica n. 02/2021, de 24 de agosto de 2021, do CEOSP, sinaliza expressamente com a possibilidade de utilização da faculdade do art. 28-A, V para a obtenção de bens *in natura* a fim de aparelhar unidades policiais.

Os mencionados atos normativos, como se vê, são ambos posteriores ao período em que se realizou a pesquisa, mas o seu advento despertou tanto interesse do grupo que acabou determinando, em grande medida, a temática a ser enfrentada no biênio 2023/2024. Isso porque, por um lado, a destinação de bens arrecadados pelo sistema de justiça, de um modo geral, claramente se ressentiu de marcos regulatórios claros, o que tem gerado sempre muita polêmica e dissenso entre os diversos atores do sistema de justiça. Além disso, no atual *estado da arte* das reflexões sobre a permeabilidade do sistema de justiça ao racismo estrutural<sup>5</sup>, sobre seletividade racista que vai até o limite do genocídio, é preciso considerar muito seriamente sobre em que medida o investimento no aparato persecutório de fato contribui para a *eficácia* da tutela de *direitos fundamentais*. Ao contrário, talvez já fosse hora de pensar em concentrar esses recursos em atividades capazes de prevenir o delito e, ao mesmo tempo, promover reparação histórica, financiando, por exemplo, programas de educação e profissionalização de grupos sociais vulnerabilizados, ou mesmo em iniciativas diretamente vinculadas ao combate do racismo estrutural.

## 2.2 A pessoa acusada: perfil, defesa efetiva e confissão

O presente tópico traduz um duplo compromisso com o referencial teórico adotado na pesquisa.

O garantismo de Ferrajoli, como se sabe, atribui não apenas ao Juiz, mas também ao próprio órgão de acusação uma postura de respeito e até mesmo de vigilância em face dos direitos fundamentais daqueles indivíduos que acabam alcançados pela persecução criminal.

<sup>5</sup> ALMEIDA, Silvio. *Racismo estrutural*. São Paulo: Pólen, 2019.

Em um conhecido e belíssimo texto, inclusive, trata o mestre italiano justamente do apresentar o Ministério Público como *instituição de garantia*<sup>6</sup>, citando a experiência concreta de alguns países que reformaram o seu sistema de justiça e, como expressão e consequência de um constitucionalismo de 3ª geração, conferiram uma outra feição para instituição, que cada vez mais a distancia da figura do acusador sistemático,

Entre nós, mesmo no velho CPP, já se viam dispositivos que claramente sugeriam (e ainda sugerem) um MP comprometido, também, com os direitos fundamentais dos acusados de delito. Veja-se, por exemplo: a possibilidade de requerer a absolvição (art. 385, do CPP), ainda que não em caráter vinculante; a titularidade para promover o arquivamento autos de inquérito policial (art. 28, do CPP); e, talvez o mais importante, a titularidade ativa para impetrar aquela que é a ação paradigmática da tutela da liberdade ambulatoria, o Habeas Corpus (art. 654, do CPP).

Mas é, de fato, com o advento da CR/88 e com a conquente *constitucionalização* do processo penal, que a atuação criminal do Ministério Público realmente alcança um outro patamar, em termos de compromisso com as garantias processuais dos acusados e investigados, que já não podem ser vistos apenas como *direitos individuais* que se põem ao *interesse público*, mas como *liberdades públicas* que interessam, portanto, a todos e são fundamentais para as democracias liberais do Ocidente. Nesta perspectiva, inclusive, até mesmo a conhecida oposição entre zelo com as garantias processuais e a *eficiência* da prestação jurisdicional perde o sentido, uma vez que, se as garantias são mecanismos para evitar ao máximo a punição de inocentes, a sua implementação não serve apenas ao suspeito, mas também à própria sociedade, pois se o inocente for punido, o culpado continuará impune.

Sensível a isso, inclusive, o Conselho Superior do Ministério Público □ CNMP, muito recentemente, editou a resolução n. 96/2023, que recomenda a todos os ramos e unidades do Ministério Público brasileiro a observância dos tratados, convenções e protocolos internacionais de direitos humanos, das recomendações da Comissão Interamericana de Direitos Humanos e da jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos. O desafio que se coloca ao Ministério Público nesse campo, portanto, convida a instituição a andar no fio desta *navalha*.

Cumprido observar, ainda, se o racismo é algo que estrutura a formação da sociedade brasileira, refletindo-se, em alguma medida, nas instituições que fazem girar o sistema penal, é de fundamental importância levantar o perfil daqueles que

6 FERRAJOLI, Luigi. Por um Ministério Público como Instituição de Garantia. In: CALABRICH, Bruno; FISCHER, Douglas; PALELLA, Eduardo (org.). **Garantismo penal integral: questões penais e processuais, criminalidade moderna e a aplicação do modelo garantista no Brasil**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 33-46.

são alcançados pelos mecanismos repressivos, inclusive, para identificar possíveis relações entre este perfil e o nível de eficácia das normas de garantia.

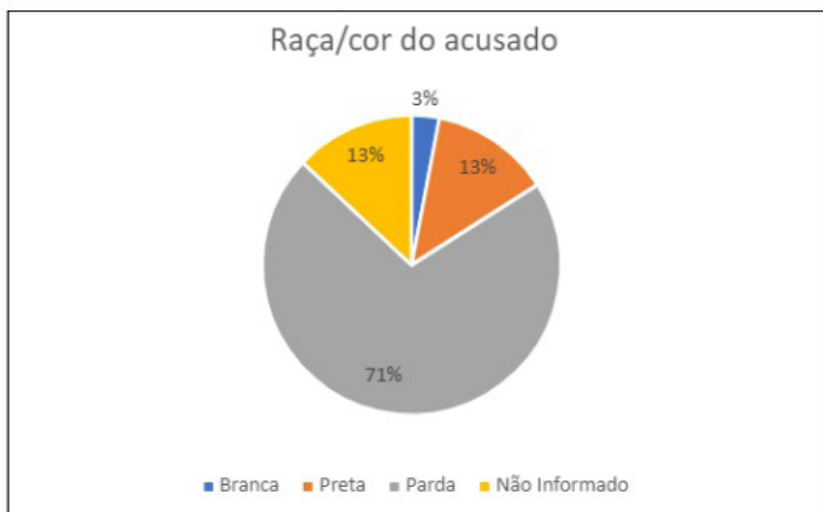
Por outro lado, o cruzamento de dados relativos ao perfil e aos diversos tipos penais passíveis de acordo também pode trazer informações importantes nesse sentido, sobretudo pensando em desdobramentos futuros da pesquisa, uma vez que não foi possível avançar muito sobre esse tema no presente relatório.

Vamos aos números.

Nos casos analisados, 87% dos acusados foram identificados como do gênero masculino, sendo apenas 13% do gênero feminino. Ressalte-se que, diante da realização de pesquisa com dados oficiais utilizados, não se observou a presença de terceira opção relativa à declaração de gênero.

No que tange à raça, 71% dos casos analisados tinham como acusadas pessoas pardas, existindo ainda um percentual de 13% de pessoas pretas, 13% de pessoas cuja raça/cor não foi informada. O percentual de pessoas brancas acusadas nos casos analisados é de 3%.

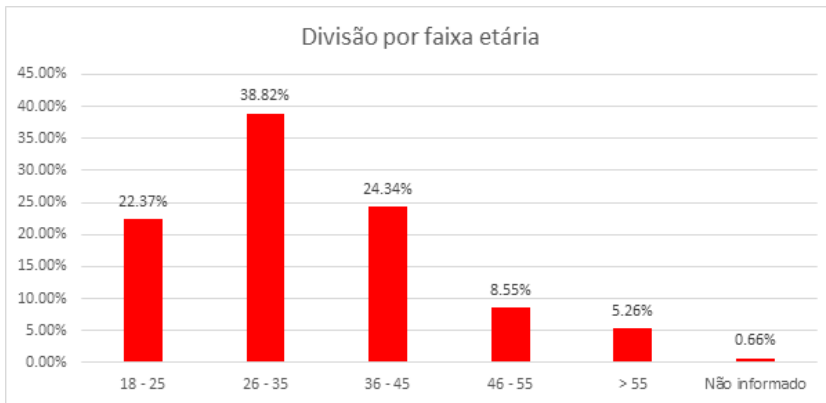
Gráfico 2 - Raça/cor do acusado



Fonte: Elaborado pelos autores (2022).

A idade média dos acusados é de 36 anos. Considerando a divisão por faixas etárias temos que 38,82% dos acusados estão entre 26 e 35 anos, 24,34% entre 36 e 45 anos, 22,37% entre 18 e 25 anos, 8,55% entre 46 e 55 anos e 5,26% têm mais de 55 anos.

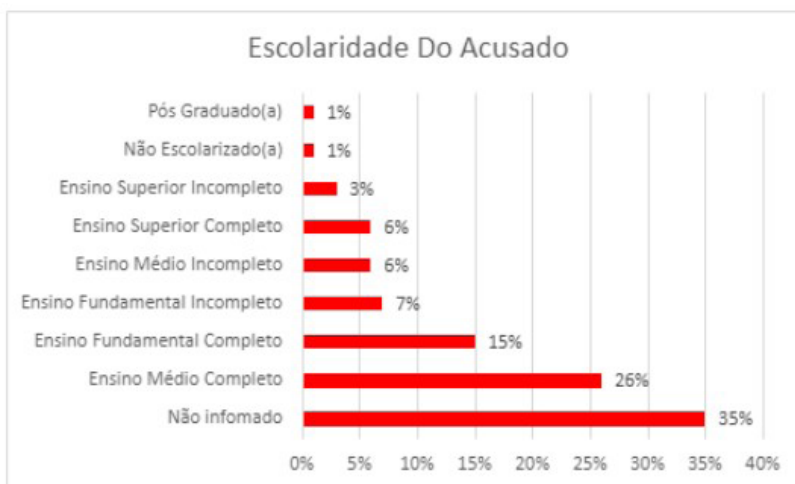
Gráfico 3 – Divisão por faixa etária



Fonte: Elaborado pelos autores (2022).

Quanto ao grau de escolaridade informado pela maioria dos acusados, prevalece o ensino médio completo (somando 36% dos casos – 1% que concluiu a Pós-graduação; 3% com o ensino superior incompleto; 6% com o ensino superior completo e 26% com o ensino médio completo). Note-se, entretanto, que uma das marcas mais expressivas quanto ao grau de escolaridade foi observada na categoria “não informado” (totalizou 35% dos casos analisados), denotando relevante falha na captação dessas informações. O número de acusados que concluiu o ensino superior soma 7% (pós-graduação, 1%, e ensino superior completo, 6%), enquanto o número de acusados que concluíram o ensino fundamental soma 67%.

Gráfico 4 – Escolaridade do Acusado



Fonte: Elaborado pelos autores (2022).

Os dados apresentados levantam questões bastantes interessantes. Chama atenção, inicialmente, a predominância absoluta de acusados negros (pretos ou pardos), em percentuais que superam em muito os dados de distribuição racial da população de Salvador (81,8%, segundo o IBGE), o que parece confirmar, empiricamente, a tese da seletividade racista.

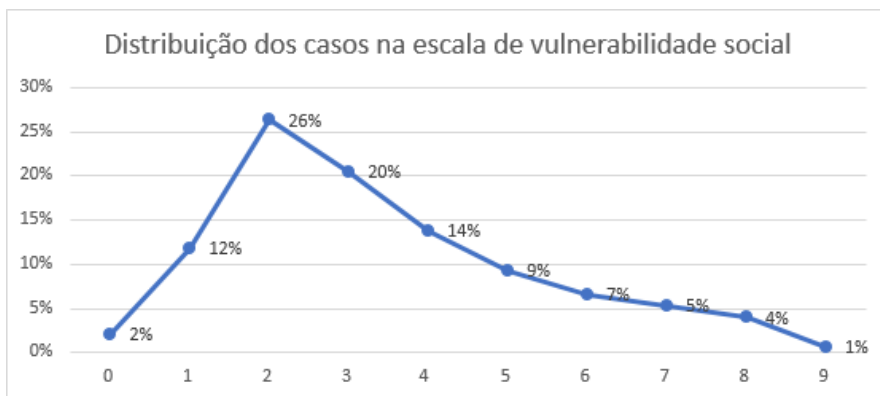
Chama atenção, ademais, que essa predominância quase absoluta de acusados negros seja, de alguma maneira, “compensada” por níveis de escolaridade que, embora ainda baixos, estão acima da média daqueles observados no sistema carcerário brasileiro, em que a maioria das pessoas privadas de liberdade (46,54%) tem apenas o ensino fundamental incompleto, segundo o Sistema de Informações do Departamento Penitenciário Nacional – SISDEPEN (Brasil, 2023).

A aparente contradição, portanto, sugere que as pessoas que alcançam o *benefício* de uma resolução mais branda do caso penal, embora não estejam absolutamente inseridas na elite econômica, ou mesmo nos extratos médios da sociedade, ostentam uma condição socioeconômica superior àqueles a quem é destinado o cárcere, o que acaba confirmando (ao invés de negar) o argumento da seletividade *estrutural*, que combina raça e classe social e que perpassa todo o sistema de justiça.

Os dados relacionados à raça/cor e escolaridade dos acusados, como visto anteriormente, já trazem informações bem interessantes sobre quem são os *clientes* do sistema de punição, e quais deles têm acesso ao ANPP, mas essa visão fica ainda mais completa quando consideramos outras variáveis de vulnerabilidade.

O gráfico a seguir, construído com base em indicadores de vulnerabilidade desenvolvidos pelo próprio grupo, mostra como os acusados estão contemplados numa escala, dividida em 9 níveis, da qual 0 representa a menor vulnerabilidade social e 9 a maior.

Gráfico 5 – Distribuição dos casos na escala de vulnerabilidade social



Fonte: Elaborado pelos autores (2022).

Como se vê, a maior parte dos processados se concentra no nível 2 da escala, demonstrando um perfil de relativo privilégio social. Entre a menor vulnerabilidade (nível 0) e o nível 2, o número de casos apresenta uma curva ascendente, e apenas 2% dos casos estão no nível de menor vulnerabilidade social, e 12% no nível 1. A partir do nível 2 da escala (onde a maior parte dos casos se concentra), a curva é descendente, mostrando que o número de ANPPs celebrados diminui, à medida que a vulnerabilidade social aumenta, com uma diminuição de 5 a 6 pontos percentuais por nível (do nível 2 ao nível 5) e 1 a 2 pontos percentuais entre os níveis 5 e 8. Chama a atenção uma queda maior do número de casos entre os níveis 8 e 9 da escala (últimos níveis), 4% e 1% respectivamente.

Ou seja: há uma flagrante predominância da seletividade racial, que reproduz e confirma a atuação estruturalmente racista do sistema de justiça, mas também sugere uma curiosa seletividade às avessas, que parece contemplar com o ANPP aquelas pessoas que, mesmo ainda em situação de vulnerabilidade, estão em situação sócio econômica um pouco melhor do que aqueles a quem é destinado o cárcere. Isto se revela, por exemplo, pelo maior grau de escolaridade e, como veremos adiante, pela maior incidência de advogados constituídos do que de assistidos pela Defensoria Pública.

Se desejam, portanto, ser vetores de reversão da seletividade penal, em todos os sentidos e aspectos, as instituições do sistema de justiça devem empreender esforços para que a vulnerabilidade social não seja empecilho para que as pessoas acusadas ou investigadas tenham acesso a formas mais brandas solução dos casos penais. Tampouco para que não se sintam coagidas em celebrar acordos que considerem espúrios, apenas por não confiarem nas chances de provarem sua inocência num processo regular.

Por essa razão, a pesquisa não poderia deixar de se debruçar sobre temas sensíveis que envolvem a compatibilidade do ANPP, da forma como foi regulado, com princípios ancestrais do Direito Processual Penal, como a ampla defesa.

Para tanto, o grupo deliberou por investigar o estado da arte em relação à exigência legal de confissão para a realização do acordo, bem como examinar os níveis de efetividade do direito à defesa técnica, desde o inquérito até o momento da celebração do acordo.

De um modo geral, portanto, a pesquisa esteve pautada, nesse tópico, pelas seguintes questões:

- O acusado confessou o crime na delegacia de polícia?
- Se sim, a confissão policial foi: 1. Integral; 2. Qualificada.



- Se sim, o órgão ministerial: 1. se satisfez com a confissão policial; 2. Repetiu o interrogatório.
- Se não, o órgão ministerial: 1. Dispensou a confissão; 2 determinou novo interrogatório.
- Se determinou novo interrogatório, satisfez-se com a confissão qualificada?
- O acusado teve assistência de advogado na delegacia?
- Nas tratativas e na celebração do acordo o acusado: 1. foi assistido por defensor constituído; 2. foi assistido pela Defensoria Pública. 3. Não teve assistência de advogado.

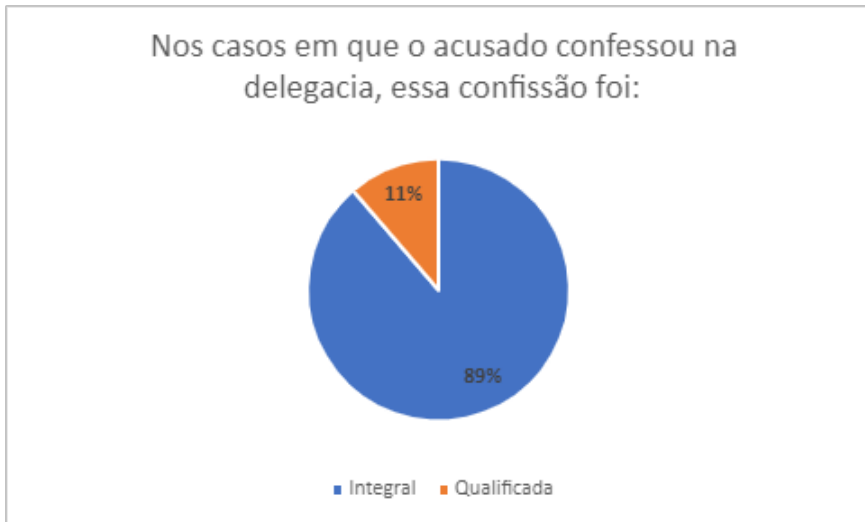
Da amostra analisada, 80% dos autores confessaram a prática do delito na delegacia, ao passo que 20% confessaram somente perante o MP. Do universo daqueles que realizaram a confissão, 89% o fizeram de forma integral e 11% de forma qualificada, isto é, apresentando alguma causa de exclusão de crime.

Gráfico 6 - Existência de confissão na delegacia de polícia



Fonte: Elaborado pelos autores (2022).

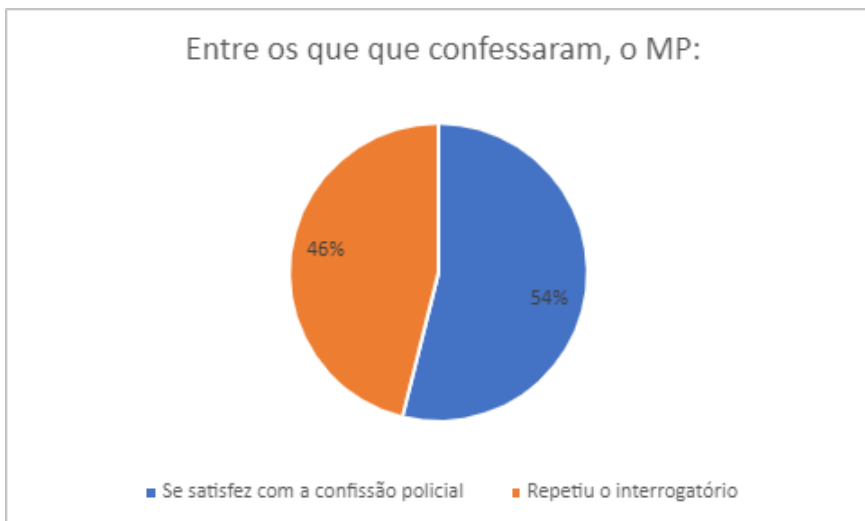
Gráfico 7 – Confissão integral ou qualificada



Fonte: Elaborado pelos autores (2022).

Importante observar que, quando registrada a confissão na delegacia, em 54% das situações o Órgão Ministerial deu por satisfeito o requisito, ao passo que, nos restantes, 46% dos casos, optou por realizar um novo interrogatório para a obtenção da confissão.

Gráfico 8 – Posicionamento do MP em relação à confissão policial



Fonte: Elaborado pelos autores (2022).

No que se refere aos casos em que não houve registro de confissão na delegacia, em 90% das vezes o Ministério Público determinou que um novo interrogatório fosse realizado, e em 10% fez constar a confissão como uma cláusula genérica dos próprios termos de acordo.

Em nenhum caso a confissão foi dispensada.

Gráfico 9 – Posicionamento do MP em relação à confissão



Fonte: Elaborado pelos autores (2022).

Quando determinado novo interrogatório, em 6% das análises, houve confissão qualificada, e em 94% das situações houve confissão integral.

Gráfico 10 – Casos em que se determinou novo interrogatório



Fonte: Elaborado pelos autores (2022).

Ademais, relevante informação diz respeito à assistência por advogado na delegacia: 76% dos acusados não tiveram assistência do defensor e apenas 24% dos denunciados foram acompanhados por causídico.

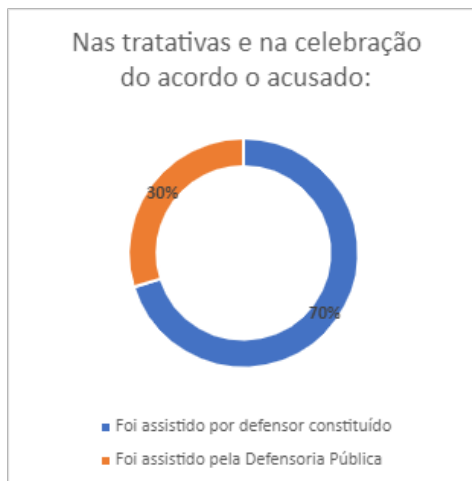
Gráfico 11 – Assistência de advogado na delegacia



Fonte: Elaborado pelos autores (2022).

Em referência às tratativas para celebração do acordo, em 70% das vezes o acusado foi assistido por defensor constituído; em 30% dos casos, a Defensoria Pública realizou a assistência dos acusados. Esse dado, aliás, acaba também confirmando a tese de que o ANPP tem contemplado, de um modo geral, os acusados *menos vulneráveis*, que não precisam recorrer aos serviços da Defensoria Pública.

Gráfico 12 – Assistência de defensor constituído x Defensoria Pública



Fonte: Elaborado pelos autores (2022).

Não seria necessário muito esforço para demonstrar que a *independência funcional* de que gozam os membros do Ministério Público, nos termos do que dispõe o art. 127 da CR/88, confere-lhes plena liberdade para reconhecer a inconstitucionalidade da confissão, como requisito do ANPP e eventualmente dispensá-la, para a celebração do acordo.

Argumentos nesse sentido não faltam. Como última novidade na seara da justiça penal negociada no Brasil, o ANPP já de origem repristina a polêmica relativa à aparente incompatibilidade de todo instrumento de justiça negocial que permita ao acusado renunciar ao processo para aceitar, de forma antecipada, condições que podem ter natureza de pena criminal. Mas, além disso, o ANPP inova (para pior) e cria uma discrepância em relação a outros institutos negociais como a suspensão condicional do processo e a transação penal, que sequer cogitam de confissão. Nesse sentido, o ANPP mais se aproxima da delação premiada, instituto bem mais complexo, criado exclusivamente para infrações cometidas no contexto de organizações criminosas, e condicionado a requisitos bem específicos e mais rígidos. E não há como deixar de ver aí problemas relacionados ao princípio da proporcionalidade.

Importa registrar que os dados coletados na pesquisa não deixam dúvidas quanto à fragilidade da defesa durante toda a fase de investigação preliminar, que antecede as tratativas para a realização do acordo, que na prática só ocorrem depois que os autos do inquérito chegam às mãos do Ministério Público e depois que o órgão ministerial decide pela viabilidade da solução negociada e manda notificar o investigado para comparecer, aí sim acompanhado de defensor técnico.

Por fim, é fato que, ao falar da confissão, o art. 28-A, do CPP não faz distinção entre confissão *qualificada* e confissão *plena*, isto é, quando o acusado/investigado reconhece apenas a autoria, mas argui ou deixa de arguir alguma causa de exclusão de crime, mas o consenso institucional formado sobre o tema (enunciado n° 25, do CONCRIM) é para repelir a confissão qualificada, não deixando ao acusado/investigado outro caminho que não a “rendição” total<sup>7</sup>.

Não obstante a inegável relevância das questões teóricas em torno da constitucionalidade da exigência de confissão, para o escopo da pesquisa interessa, antes de tudo, ponderar sobre em que medida a dispensa da confissão pode ou não ser uma alternativa estratégica importante, caso a instituição de fato pretenda de fato estimular e ampliar o espectro das soluções negociadas (até mesmo para reduzir a seletividade estrutural), e sobretudo quando o que se exige em troca é uma prova sujeita a retratação, nos termos do art. 200, do CPP, inclusive ao argumento

<sup>7</sup> Contrariando, inclusive, a jurisprudência consolidada dos tribunais superiores acerca da confissão como circunstância atenuante, que a admite na sua forma qualificada.

de não ter sido realizada de forma espontânea. Convém esclarecer, no particular, que a retratação da confissão não poderá sequer rescindir o acordo, uma vez que não está prevista como *condição* a ser observada pelo acusado, mas apenas como requisito prévio à celebração da avença. Talvez seja o caso, portanto, de dar ouvidos à sabedoria política e militar oriental, quando aconselha que *quando cercar um inimigo, deixe uma saída para ele, caso contrário, ele lutará até a morte*<sup>8</sup>.

Seja como for, o fato é que, a vingar a tese da discricionariedade do Ministério Público na elaboração dos termos do acordo, não caberia ao juiz deixar de homologá-lo por essa razão, visto que não há qualquer *hierarquia* ou distinção de outra ordem entre os requisitos estabelecidos em Lei, de forma que o juiz possa ou não recusar a homologação do acordo conforme seja o requisito eventualmente desatendido.

### 2.3 Perfil e atenção à vítima

Como dito ainda no tópico 3, o *método* que imaginamos para atingir o *objetivo geral* da pesquisa passa, necessariamente, por aferir de que maneira o Ministério Público da Bahia, no âmbito dos ANPPs, desincumbe-se do encargo institucional de concretizar os direitos fundamentais das pessoas que são vítimas de crimes.

Muito já se tem dito sobre a atenção que o Estado, responsável por prestar serviços e realizar políticas públicas de *segurança pública*, deixa de prestar de forma satisfatória a ditas pessoas. Trata-se, com efeito, de discussão cada vez mais recorrente no meio acadêmico, nas casas legislativas e na esfera pública em geral. Trata-se, como se sabe, de um debate que passa pela rediscussão do próprio papel da alegada vítima no processo penal, e o Ministério Público, que evidentemente não poderia ficar indiferente a esse debate, tem feito uma série de movimentos com o objetivo de criar diretrizes nessa direção.

Para compreender e melhor lidar com tais diretrizes, é de fundamental importância compreender que o atual estado de coisas, em relação ao papel da vítima no processo penal decorre de um conjunto de transformações que atingem a própria estrutura do sistema de justiça penal do ocidente em sua trajetória histórica.

Como já escreveu Duclerc, firme na lição de Silva Jardim<sup>9</sup>,

[...] o modelo acusatório moderno, tal e qual conhecemos hoje, resulta, de uma evolução dialética, desde o processo penal acusatório *privatístico*, passando pelo inquisitorial, até a publicização estrutural verificada atualmente. Segundo o mestre carioca, o que marca essa concepção inicial privatística do processo é a

8 Sun Tzu.

9 JARDIM, Afrânio S; AMORIM, Pierre S. M. C. **Direito Processual Penal: estudos e pareceres**. Salvador: JusPODIVM, 2016. p. 41-45.

existência de uma acusação privada e de um juiz que é quase apenas espectador da luta travada entre as partes. Esse sistema teria sido substituído ao longo do tempo, até que se consolidasse o chamado *sistema inquisitorial*, com feição radicalmente diferente do primeiro, na medida em que o Estado chama para si a responsabilidade pela persecução penal. O novo modelo, assim, tinha como principal característica dar ao juiz poderes quase absolutos, com o inevitável sacrifício de qualquer ideal de imparcialidade, já que ele não se limitava mais a convencer-se com as provas produzidas pelas partes, mas partia de uma hipótese concebida aprioristicamente para apenas confirmá-la mediante as provas. Não havia, em última análise, qualquer separação entre as funções de acusar e julgar, já que ficavam todas elas concentradas nas mãos de uma só pessoa. Desde esse ponto, contudo, o processo evoluiu dialeticamente para o modelo atual, com a *publicização* do sistema acusatório. Ou seja, a persecução penal (investigação, acusação e juízo) deveria permanecer como atividade pública, mas ao mesmo tempo separada das funções de julgar, a fim de preservar a imparcialidade do juiz. Do ponto de vista da estrutura orgânica do Estado, a solução que tornou isso possível foi a criação do Ministério Público para figurar como uma espécie de *parte artificial*, na feliz expressão de Montero Aroca<sup>10</sup>, retirando-se do juiz, assim, TODA E QUALQUER função característica de parte [...] <sup>11</sup>.

Decorre daí que, salvo nas hipóteses de ação penal privada, a vítima passa a ocupar um lugar secundário, quase sempre limitado a ser ouvida como fonte de prova e podendo, quando muito, habilitar-se como assistente do Ministério Público, para atuar de forma supletiva e com faculdades processuais restritas, na forma dos art. 268 a 273, do CPP<sup>12</sup>.

Por outro lado, sabe-se que, como uma espécie de compensação pelo *confisco* do seu direito de persecução penal, a legislação processual penal incorporou, ao longo do tempo, mecanismos que facilitam indenização à vítima pelo dano civil sofrido em virtude do delito, tais como a possibilidade de estabelecer, na sentença penal, valores mínimos de indenização que podem, inclusive, ser diretamente executados, independentemente de qualquer ação civil (art. 63 a 68 e 387, IV, do CPP). Por fim, observa-se também uma tendência recente com o intuito de criar regras de comunicação processual e de tratamento que tornem o processo mais transparente e o menos sofrido possível para a vítima, evitando-se revitimizações (201, §§ 2º a 6º, do CPP), embora ainda se preveja, também, a possibilidade de condução à força para prestar depoimento (201, § 1º, do CPP).

10 AROCA, Juan M. **Principios del proceso penal**: una explicación basada en la razón. Valencia: Tirant lo Blanch, 1997. p. 49.

11 DUCLERC, Elmir. **Introdução aos fundamentos do direito processual penal**. Florianópolis: Empório do Direito, 2016. p. 86.

12 Para Barros, por exemplo, no âmbito da ação penal pública, a participação da vítima estaria restrita às seguintes condições: como agente condicionador; como agente controlador da acusação; e como agente acusatório colaborador (BARROS, Flaviane M. **A participação da vítima no processo penal**. Rio de Janeiro: Lumen, 2008. p. 95).

Essa mesma lógica se reproduz também nos dispositivos que regulam o ANPP, que prevê a reparação do dano como condição para a realização do acordo e a necessidade de intimação da vítima da sua homologação em juízo, bem como do seu eventual descumprimento (art. 28-A, I, e § 9º).

Para além da economia interna do processo criminal, não se pode deixar de referir também os esforços realizados na tentativa de tornar realidade, no Brasil, a experiência da chamada *Justiça restaurativa*.

Para os limites deste trabalho, infelizmente não há como fazer um estudo mais aprofundado de tais mecanismos, mas não podemos deixar de lado alguns aspectos que nos parecem indispensáveis, sobretudo porque refletem a própria forma como as sociedades modernas podem e pretendem de fato lidar com o fenómeno do crime, e, particularmente, da violência criminalizada.

Segundo Sica<sup>13</sup>, “[...] a justiça restaurativa seria uma prática ou, mais precisamente, um conjunto de práticas em busca de uma teoria... Mais amplamente, qualquer ação que objetive fazer justiça por meio da reparação do dano causado pelo crime pode ser considerada como ‘prática restaurativa’”. As práticas de justiça restaurativa, aliás, da forma como vem sendo pensadas, representam, antes de tudo, uma importante mudança paradigmática<sup>14</sup>, eis que o crime é considerado como uma ofensa ou um erro praticado contra outra pessoa, ao invés de somente significar a quebra da lei ou uma ofensa contra o Estado o que impõe uma reação penal diferenciada, não só preocupada com a determinação de uma resposta adequada ao comportamento criminal, mas também com a reparação.

É preciso ressaltar que a reparação que se pretende não está limitada ao aspecto do prejuízo material, tão característico do direito privado, mas deve ser compreendida como algo muito mais abrangente, que pretende oferecer restauração para os aspectos morais e simbólicos da violência sofrida.

Nesse sentido, inclusive, dispõe o art. 1º da Declaração da Costa Rica sobre Justiça restaurativa na América Latina:

Art. 1º[...]

13 SICA, Leonardo. **Justiça restaurativa e mediação penal**: o novo modelo de justiça criminal e de gestão do crime. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 10-11.

14 Como lembra Achutti, três tendências “[...] são as mais importantes quanto às origens do modelo restaurativo: (a) os movimentos das vítimas e das mulheres; (b) o comunitarismo; e (c) a emergência de um pensamento crítico sobre o paradigma criminológico dominante (criminologia positivista), a partir da primeira metade dos anos 1970 [...]” (ACHUTTI, Daniel. **Justiça restaurativa e abolicionismo penal**. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 89). <sup>15</sup> SICA, Leonardo. **Justiça restaurativa e mediação penal**: o novo modelo de justiça criminal e de gestão do crime. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 12.



§ 1. processo restaurativo é aquele que permite vítimas, ofensores e quaisquer outros membros da comunidade, com a assistência de colaboradores, participar em conjunto, quando adequado, na busca da paz social.

§ 2. Arrependimento, perdão, restituição, accountability, reabilitação e integração social, entre outros, podem ser incluídos dentre as metas restaurativas.

O que se pretende, na verdade, é mesmo reabilitar a figura da vítima, dando-lhe voz na resolução do conflito e atenção estatal visando à cura efetiva das suas dores e traumas.

Entretanto não se pode olvidar que:

[...] embora a justiça restaurativa tenha origens nas reivindicações dos movimentos pró-vítima, no seu estágio atual não permite a sobreposição dos interesses e direitos da vítima aos do ofensor, nem deve instrumentalizar-se como meio de canalizar sentimentos de vingança ou retaliação.<sup>15</sup>

Em resumo, a ideia de justiça restaurativa sinaliza com a possibilidade de atendimento às vítimas para além da mera reparação material e, em muitos casos, para além da pura e simples retribuição da dor ao ofensor.

Por fim, é necessário ainda ter em mente que, para além dos crimes atribuídos a particulares, o Direito Penal sancionador vem avançando, também, e sobretudo depois da experiência do Nazifascismo, sobre condutas dos próprios agentes públicos que compõem o aparato punitivo estatal, como ocorre, por exemplo, na criminalização (como crime hediondo) da tortura (CR, art. 5º, LXIII e Lei n. 9455/97) e do abuso de autoridade (Lei n. 13869/19). Isso significa que, não raro, as *vítimas* de mencionados crimes são justamente pessoas que figuram como *indiciados* ou *acusados* em processos criminais e que merecem, portanto, a mesma atenção que qualquer outra vítima. E aqui, mais uma vez, fica patente o tamanho do desafio que se coloca ao Ministério Público, de processar pessoas acusadas do delito e, ao mesmo tempo, colocar-se na defesa intransigente de suas garantias, a ponto de perseguir criminalmente aqueles que cometem tais delitos e exercendo sua função constitucional de controle externo da atividade policial<sup>15</sup>.

Com efeito, as preocupações em torno dessa temática do papel e dos interesses da vítima, já chegaram, inclusive, ao CNMP, que tratou de editar a Resolução n. 243/2021, que trata, nos termos do seu art. 1º, de estabelecer

15 Também aqui a pesquisa se deparou com um tema que merece ser explorado de forma específica em trabalhos posteriores: a relação entre proteção a vítimas, tortura, abuso de autoridade e controle externo da atividade policial. <sup>17</sup> BRASIL. Conselho Nacional do Ministério Público. **Resolução n. 243, de 18 de outubro de 2021**. Dispõe sobre a Política Institucional de Proteção Integral e de Promoção de Direitos e Apoio às Vítimas. Brasília, DF: Conselho Nacional do Ministério Público, 2021. Disponível em: <https://www.cnmp.mp.br/portal/images/Resolucoes/2021/Resolucao-n-243-2021.pdf>. Acesso em: 10 out. 2023.

[...] a Política Institucional de Proteção Integral e de Promoção de Direitos e de Apoio às Vítimas, com o objetivo de assegurar direitos fundamentais às vítimas de infrações penais, atos infracionais, desastres naturais, calamidades públicas e graves violações de direitos humanos, garantindo-lhes acesso à informação, comunicação, participação, verdade, justiça, diligência devida, segurança, apoio, tratamento profissional individualizado e não discriminatório, proteção física, patrimonial, psicológica e de dados pessoais, participação e reparação dos danos materiais, morais e simbólica, suportados em decorrência do fato vitimizante [...]<sup>17</sup>.

Antes de tecer alguns comentários sobre os contornos gerais da Resolução, importa destacar dos seus considerandos:

a) o compromisso expresso com a Resolução nº 40/34 da ONU, que além de trazer conceito amplo de vítima, recoloca-a em posição mais relevante no processo penal e estabelece direitos, entre os quais, o acesso à justiça, o tratamento equitativo, o direito à informação sobre seus direitos, o direito à rápida restituição e reparação, além da adoção de meios extrajudiciários de solução de conflitos, incluindo a mediação, a arbitragem e as práticas de direito consuetudinário ou as práticas autóctones de justiça, quando se revelem adequadas, para facilitar a conciliação e obter a reparação em favor das vítimas.

b) o dever ministerial de zelar pela correta aplicabilidade da legislação (art. 91, I, do Código Penal; art. 387 do Código de Processo Penal; e art. 116 da Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990) e, para tanto, possui legitimidade para postular, no bojo da denúncia ou da representação, pedido de reparação mínima dos danos em favor da vítima de infração penal ou ato infracional, bem como daquelas oriundas de desastres naturais, calamidades públicas e graves violações dos direitos humanos, garantindo a inserção da vítima no processo.

No seu conjunto, os trechos destacados revelam o compromisso institucional com uma atuação sempre amparada em documentos internacionais de direitos humanos, inclusive, os direitos das pessoas que sejam efetivamente vítimas de delitos (mas também desastres e calamidades públicas), mas também um compromisso com a *correta* aplicação da Lei, e com uma atuação atenta às situações de maior vulnerabilidade.

O art. 9º trata de estabelecer o dever ministerial de “[...] pleitear, de forma expressa, no bojo dos autos, a fixação de valor mínimo para reparação dos danos materiais, morais e psicológicos, causados pela infração penal ou ato infracional, em prol das vítimas diretas, indiretas e coletivas”., cabendo-lhe ainda “[...] implementar políticas, parâmetros e protocolos para a exigência, sempre que possível, da reparação dos danos materiais e morais das vítimas e familiares em investigações, processos e acordos celebrados com sua mediação ou participação”.

No plano das intervenções *estruturantes*, o art. 2º determina que:

As unidades do Ministério Público deverão implementar, gradualmente e de acordo com sua autonomia administrativa, Núcleos ou Centros de Apoio às Vítimas, levando em consideração a gravidade, a magnitude e as características do fato vitimizante, e a conseqüente violação de direitos, sendo orientados pelos princípios da dignidade, da igualdade, do respeito, da autonomia da vontade, da confidencialidade, do consentimento e da informação, sem prejuízo do atendimento rotineiro das vítimas pelo órgão ministerial.<sup>16</sup>

Enquanto o art. 6º estabelece o dever institucional de diligenciar “[...] a fim de que seja assegurada às vítimas a prestação de apoio e atendimento especializado, por meio de equipe multidisciplinar da própria instituição ou pelo devido encaminhamento às redes de apoio externas”. Deverá também fomentar:

[...] a construção e a consistência das políticas de atuação em rede, mediante termos de cooperação e parcerias destinadas à implementação de atendimento de vítimas por equipes multidisciplinares, compostas por profissionais devidamente habilitados para a proteção integral, de modo a diminuir os efeitos e danos suportados em decorrência do fato<sup>17</sup>.

Já no art. 10º, a resolução contempla ainda o dever de implementar projetos e mecanismos de resolução extrajudicial de conflitos, por meio da negociação, mediação e conferências reparadoras dos traumas derivados dos eventos criminosos ou de atos infracionais, bem como de “[...] implementar políticas de atuação em

16 No âmbito do MPBA, deve ser citado o projeto estratégico institucional denominado “Vítima Acolhida” que tem por objetivo buscar a instrumentalização do acesso e participação nas fases processuais e pré-processuais com o fim de proteção integral das vítimas, garantindo o equilíbrio em face dos direitos e garantias dos réus, à luz da proteção dos direitos humanos, implementando, assim, o acesso efetivo à Justiça e promoção da cidadania plena. Assenta o referido projeto no aperfeiçoamento da atuação do MP/BA na área criminal, por meio do acolhimento institucional e da disponibilização de acesso e informação às vítimas de crimes e seus familiares. O referido projeto está associado ao objetivo estratégico: “promover o aperfeiçoamento do sistema de defesa social”; à estratégia: “contribuir para a implantação de um novo modelo de segurança pública” e à “iniciativa estratégica: Estabelecer parcerias com os Poderes Públicos e a sociedade civil, objetivando uma atuação articulada para o fortalecimento de programas de segurança pública e defesa social”. Sobreleva-se de importância catalisadora institucional a implantação do Núcleo de Enfrentamento às Violências de Gênero em Defesa dos Direitos das Mulheres (Nevid) ocorrido em janeiro/2023 que desponta como uma iniciativa de aproximação entre o MP/BA e as vítimas de violência doméstica, certos da vedação do ANPP no que toca aos crimes de violência doméstica contra a mulher (§ 2º, inciso IV do art. 28-A do CPP).

17 No âmbito do Plano Estratégico do MP/BA (2011/2023) atualizado, destacamos: Objetivo: PROMOVER O APERFEIÇOAMENTO DO SISTEMA DE DEFESA SOCIAL; 1.3 Estratégia: Contribuir para a implantação de um modelo de segurança pública mais eficiente; 1.3.3 Iniciativa Estratégica: Estabelecer parceria com os Poderes Executivo e Judiciário estaduais, visando ao fortalecimento do Programa de Proteção a Vítimas, Testemunhas e Familiares de Vítimas da Violência (Provita) no estado; 1.3.8 Iniciativa Estratégica: Elaborar e implementar projeto para normatização de procedimentos e rotinas, aparelhamento e qualificação da atuação de membros do Ministério Público para a promoção de **reparação de danos às vítimas**; Objetivo: PROMOVER A PROTEÇÃO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE; 5.1 Estratégia: Aperfeiçoar e estruturar a atuação do MP/BA na proteção à criança e ao adolescente; 5.1.21 Iniciativa Estratégica: Promover articulação junto à Secretaria de Segurança Pública (SSP) visando destacar um espaço físico reservado para atendimento especializado de crianças e adolescentes **vítimas de violência** ou em conflito com a lei, em todos os municípios com 100 mil ou mais habitantes. Já no plano de atuação do MP/BA do ano de 2023 consta como Estratégia: contribuir para a implantação de um modelo de segurança pública mais eficiente e como Iniciativa Estratégica: elaborar e implementar projeto para normatização de procedimentos e rotinas, aparelhamento e qualificação da atuação de membros do Ministério Público para a promoção de reparação de danos às vítimas.

rede, mediante termos de cooperação e parcerias destinadas à implementação de políticas restaurativas, observada a assistência a que se refere o art. 6º, que visem à adesão e à integração voluntária e esclarecida da vítima”.

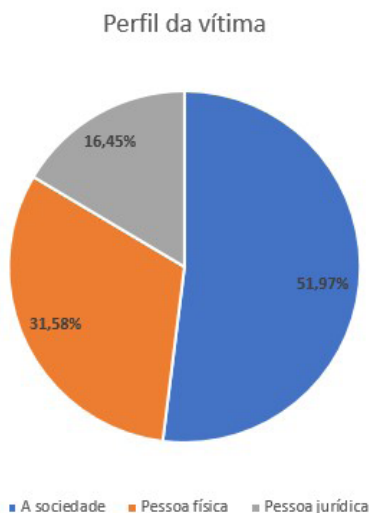
Da leitura dos trechos apresentados, que constituem e configuram o compromisso político-institucional do Ministério Público com os direitos da vítimas, já se percebe o tamanho do desafio que está colocado no horizonte da instituição, sobretudo se pensarmos, também, nas dimensões do conceito de “vítima” acolhido pela Resolução 243/2021 no seu art. 3º, para abranger “[...] qualquer pessoa natural que tenha sofrido danos físicos, emocionais, em sua própria pessoa, ou em seus bens, causados diretamente pela prática de um crime, ato infracional, calamidade pública, desastres naturais ou graves violações de direitos humanos [...]”, aí compreendida as vítimas *diretas*, *indiretas* (por parentesco ou proximidade afetiva), *especiais* (particularmente vulneráveis por idade, gênero, condição de saúde, intensidade da *vitimização*) e *coletivas*, além de pessoas *jurídicas*, *no que couber*.

Como se vê, seja no plano normativo, seja no plano doutrinário, malgrado o inegável esforço empreendido pela instituição, está ainda por ser construído o caminho para a *correção* dos prejuízos impostos às vítimas pelo *confisco* do seu direito, como resultado das transformações de fundo havidas na estrutura do processo penal da modernidade, o que significa dizer que existe um imenso campo para estudos e pesquisas a serem ainda explorados em trabalhos posteriores, com a finalidade de estabelecer limites claros entre aquilo que realisticamente se pode cobrar do Ministério Público na tutela de direitos das vítimas.

Algumas dessas reflexões, entretanto, já podem ser antecipadas, para a análise crítica dos resultados apresentados pela pesquisa, dentro do recorte específico do ANPP.

Como se vê nos gráficos que seguem, a pesquisa procurou identificar a frequência com que a vítima foi escutada previamente à celebração do ANPP, e o que se observou é que em 51,97% dos casos analisados não havia vítima identificada por se tratar de figuras de delitos com vítima indeterminada (contra a *sociedade*).

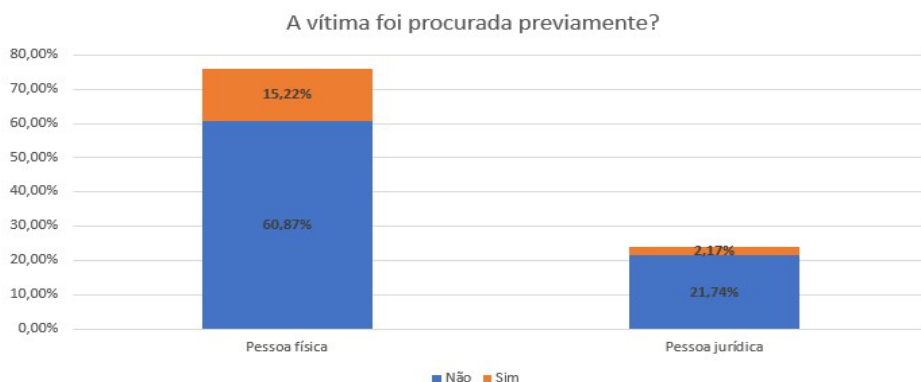
Gráfico 13 – Perfil da vítima



Fonte: Elaborado pelos autores (2022).

Nos demais casos, embora houvesse vítima determinada e identificada (apenas pessoas físicas e jurídicas), em 17,39% dos casos houve gestões a fim de localizá-la, restando, portanto, um universo de 82,61% de casos em que isso não ocorreu.

Gráfico 14 – Contato prévio com a vítima



Fonte: Elaborado pelos autores (2022).

Contudo em apenas 9,52% dos casos as vítimas foram efetivamente ouvidas sobre o acordo.

Gráfico 15 – A vítima foi ouvida sobre o acordo?



Fonte: Elaborado pelos autores (2022).

Tendo em vista o discurso institucional construído em derredor da proteção aos interesses da vítima, é preciso reconhecer que os números apresentados deixam a desejar.

Obviamente, é preciso levar em conta as dificuldades operacionais já aqui relatadas, em face da *novidade* do instituto e das intervenções estruturantes que foram necessárias para que ele pudesse operar em condições minimamente aceitáveis, ainda assim com recursos escassos e resultados muito tímidos na localização até mesmo de pessoas acusadas, apesar de todo o empenho do corpo de funcionários.

Cabe destacar, no particular, que o ato normativo conjunto n. 1/2022 em seu artigo § 8º do artigo 4, do MPBA, pontuou que: “Sempre que houver vítima identificada, o membro do Ministério Público deverá privilegiar a reparação do dano como condição a ser estabelecida no acordo, **podendo**, para tanto, ouvi-la previamente, a fim colher documentos e elementos outros que permitam quantificá-lo”. Esse dispositivo regulamentar, segundo nos parece, expressa formidavelmente as dificuldades enfrentadas pela instituição diante do imenso desafio posto pela nova disciplina legal.

Isso porque, ninguém duvida de que, nos delitos com vítima identificada, independentemente da reparação do dano, ouvir a vítima pode ser importante para aferir se as condições estabelecidas para o acordo são *suficientes e necessárias para a reprovação e prevenção do crime*, mas a exigência de ouvir todas e cada uma delas certamente traria problemas operacionais importantes, resultando no aumento considerável do tempo médio de trâmite dos acordos do ANPP, que já era grande.

Seja como for, não parece correto, à luz das diretrizes institucionais passadas em revistas, que a suposta *faculdade* de ouvir ou deixar de ouvir o ofendido possa ser exercida sem critério e sem controle, sobretudo quando se cobra da instituição, cada vez mais, mecanismos de *accountability*, como visto.

É preciso observar, entretanto, que na própria Resolução do CNMP acima citada já se pode encontrar também as diretrizes para uma atuação racional que, se claramente não pode dar conta de todos os problemas, deve escolher de forma correta as suas prioridades. Isso poque, ainda nos seus *considerandos*, dito ato normativo afirma a necessidade de “[...] observar a situação pessoal e as necessidades imediatas, a idade, o gênero, eventual deficiência e maturidade das vítimas, para que possa haver a correta e adequada proteção [...]”. De igual modo, no §2 do art. 3º, afirma-se que: “devem ser priorizadas as vítimas de infrações penais e atos infracionais que, pela condição de vulnerabilidade em decorrência da idade, do gênero, de deficiência, pelo estado de saúde ou pelas condições, natureza e duração da vitimização causada pelo delito, tenham experimentado consequências físicas ou psíquicas graves”.

A resolução não deixa dúvidas, portanto, em relação a seu compromisso preferencial com os mais vulneráveis, o que, a toda evidência, deve alcançar, em que pese a omissão, aqueles cuja vulnerabilidade está associada à raça e à condição econômica. É o que se pode esperar desta instituição republicana que, a partir de 1988, foi erigida a um outro patamar, apontada como essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos *interesses sociais e individuais indisponíveis*, e comprometida, portanto, com os *objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil*, dentre os quais o de construir uma sociedade livre, justa e *solidária*, erradicar a pobreza e promover o bem de todos, sem preconceitos de de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação, nos termos do art. 3º da CR/88<sup>18</sup>.

Nesses casos, portanto, e a despeito da letra do Ato Conjunto supra citado, o MP **deve**, e não apenas **pode** escutar a vítima. Sobre as vítimas que evidentemente não se encontrem em situação de vulnerabilidade, inclusive, faz sentido até mesmo que se questione se a atuação do Ministério Público em defesa de seus interesses exclusivamente privados não conflita com o texto do art. 127, da CR/88, que atribui ao órgão “[...] a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis”.

18 BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República, [2023]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 10 out. 2023.

Justo por isso, o que também se procurou identificar na pesquisa foi o *perfil* das vítimas pessoas físicas. Ao se falar de vítimas *vulneráveis* por questão de gênero, não se pode deixar de pensar na aparente proibição legal a que sejam feitos acordos de não persecução penal em delitos (praticados sem violência ou grave ameaça) contra a mulher, por sua condição de mulher (pense-se, por exemplo, no delito de importunação sexual - art. 215-A, do Código Penal). Isso porque, tal e qual comentamos relativamente aos crimes de racismo e injúria racial, em situações desse tipo não raro interessa à própria vítima uma solução rápida e negociada para o caso, que lhe assegure uma pronta reparação ao seu direito.

Por fim, observe-se que a mesma Resolução n. 243/21, do CNMP, dedicada às **vítimas**, tratou de prever expressamente, no art. 10º, que o Ministério Público tem o dever de “[...] implementar projetos e mecanismos de resolução extrajudicial de conflitos, por meio da negociação, mediação e conferências reparadoras dos traumas derivados dos eventos criminosos ou de atos infracionais [...]”, bem como de “[...] implementar políticas de atuação em rede, mediante termos de cooperação e parcerias destinadas à implementação de políticas restaurativas, observada a assistência a que se refere o art. 6º, que visem à adesão e à integração voluntária e esclarecida da vítima”<sup>19</sup>.

Merece registro, nesse ponto, que em nenhum caso foi ventilada a possibilidade de aplicação de tais mecanismos, como *condição* para a celebração dos acordos<sup>20</sup>.

Por fim, é necessário observar que, desde o texto legal, mas passando pelos documentos internos que disciplinam o fluxo do ANPP no MPBA, parece não haver ainda espaço *procedimental* para a introdução de mecanismos de Justiça Restaurativa, e isso talvez tenha a ver com o que observam Bonavides, Souza e Silva, de que o instituo foi pensado, originalmente, para ser uma espécie de ferramenta *auxiliar* no combate à corrupção:

A ideia em torno da regulação do ANPP foi uma consequência das discussões a respeito da aplicação de instrumentos e métodos negociais no processo penal que ganharam repercussão internacional com investigações e operações de combate à corrupção, as quais utilizam amplamente mecanismos como a colaboração premiada e o acordo de leniência.<sup>21</sup>

19 Há, inclusive, resolução específica para essa matéria, a de n. 118/2014, que *Dispõe sobre a Política Nacional de Incentivo à Autocomposição no âmbito do Ministério Público e dá outras providências*

20 O tema da compatibilidade e das conexões (normativa e operacional) entre anpp e justiça restaurativa merece ser urgentemente explorado, em trabalhos posteriores.

21 BONAVIDES, Samia S. G.; SOUZA, Willian L.; SILVA, Mario Edson, P. F. A valorização da vítima e a justiça restaurativa no âmbito do acordo de não persecução penal. In: CAMBI, Eduardo; SILVA, Danni S.; MARINELA, Fernanda (org.). **Pacote anticrime**. Curitiba: Escola Superior do Ministério Público do Paraná, 2020. v. 1. p. 328348. Disponível em: [https://www.cnmp.mp.br/portal/images/Publicacoes/documentos/2020/Anticrime\\_Vol\\_1\\_WEB.pdf](https://www.cnmp.mp.br/portal/images/Publicacoes/documentos/2020/Anticrime_Vol_1_WEB.pdf). Acesso em: 31 maio 2021.



E isso, de fato, talvez explique esse *esquecimento* das vítimas *de carne e osso*.

#### 4 Conclusões

Nos tópicos precedentes, tratamos de relatar os achados da pesquisa de campo empreendida com a finalidade de examinar a atuação do Ministério Público da Bahia na concretização de direitos fundamentais relacionados à segurança pública e criminalidade, tomando-se por base uma perspectiva determinada pelas questões de raça e gênero.

Nesse passo, fundamentado no referencial teórico que adotamos, e dialogando com os documentos institucionais produzidos no âmbito do próprio MP, coletamos e analisamos informações sobre como o instituto tem sido manejado, baseado em uma série de questões a serem respondidas com base num acervo de expedientes de ANPP, com as ferramentas e a metodologia descrita no tópico 3 da primeira parte deste relatório.

Em cada um desses tópicos encontramos achados bem interessantes, que, inclusive, sugerem o desdobramento da presente pesquisa em muitas outras, no próprio ambiente institucional e mesmo no ambiente acadêmico.

De igual forma, de cada um desses tópicos será possível também extrair proposições que se colocam à reflexão e ao debate interno na própria instituição e na academia, visando até mesmo à modificação, extinção ou adoção de certas diretrizes acerca do instituto.

O que se pretende, portanto, é apresentar uma resenha das principais questões ventiladas em cada subtópico, com as devidas sugestões e encaminhamentos, além de algumas observações críticas e sugestões que nos permitimos fazer sobre o próprio programa de pesquisa, visando ao seu constante aperfeiçoamento.

No subtópico 5.1 (*Requisitos para a realização do ANPP: necessidade, utilidade e adequação do acordo* - da primeira parte deste trabalho) exploramos as questões relacionadas ao *interesse* jurídico no acordo, isto é, à utilidade, necessidade e adequação do conjunto de condições estabelecidas, do ponto de vista político-criminal, como substitutos funcionais da pena inicialmente prevista (se são *suficientes e necessárias* à *prevenção* e *reprovação* do crime).

Nesta perspectiva, optou-se por observar as decisões nesse sentido, a fim de encontrar certas regularidades que pudessem sinalizar para a existência de algo como um *discurso* ou mesmo uma *cultura institucional* relativamente a esses temas.

Do mesmo modo, e em face do aspecto necessariamente *temporal* envolvido em decisões deste tipo (soluções mais *rápidas*, ainda que mais brandas) e suas

repercussões, em termos de *eficiência*, buscou-se também aferir o tempo médio de tramitação interna desses expedientes.

No que se refere ao primeiro tema pesquisado, é preciso deixar registrado, inicialmente, que os resultados obtidos ficaram parcialmente prejudicados por dois aspectos fundamentalmente: primeiro, por causa das questões tecnológicas apontadas no tópico 3, não foi possível realizar a pesquisa nos expedientes em que foi *negada*, o que poderia(á) ser bastante útil para um diagnóstico sobre os fundamentos destas decisões; por outro lado, os expedientes pesquisados são todos anteriores à adoção definitiva do *fluxo interno* estabelecido pela Resolução, que impõe a decisão sobre concessão ou não como uma etapa prévia expressa, anterior às tratativas (e ao oferecimento da denúncia), e que enfrenta recurso administrativo (Citar) dirigido ao PGJ.

Para resultados mais consistentes, portanto, seria necessário superar os obstáculos anteriormente mencionados e empreender uma nova pesquisa que considerasse também os casos de recusa dos ANPPs e que se observasse expedientes posteriores à resolução.

Com as ressalvas apresentadas, observou-se uma escassez importante de fundamentação dos pronunciamentos ministeriais em relação a esse tema.

Ainda que estejamos diante de uma *faculdade* do Ministério Público, e ainda que a palavra final sobre oferecer o acordo caiba sempre à própria instituição, as preocupações relativas à *accountability* da instituição e sua responsabilidade política perante a coletividade (até perante as vítimas) estão a exigir, segundo pensamos, um olhar mais atento quanto a isso.

A solução, segundo pensamos, passa, necessariamente, pela criação e fortalecimento de espaços voltados à discussão qualificada e crítica sobre temas de política criminal, em interlocução franca e permanente com a academia, de forma a criar um *caldo de cultura* institucional no qual possam ser extraídos os fundamentos para as referidas decisões. Aqui, inclusive, merece registro a própria iniciativa de instituir os grupos de pesquisa no âmbito do CEAf/MPBA, e sua imensa potencialidade para se tornar o grande espaço de discussão e ponto de contato com instituições de ensino, até mesmo para dar suporte à criação de cursos de pós-graduação, como os mestrados profissionais. Na mesma linha, seria de todo desejável que os membros da instituição fossem estimulados de forma mais efetiva à participação em programas de pesquisa, até com alguma remuneração que pudesse ser destinada pelo trabalho extraordinário dedicado.

Quanto ao prazo interno de tramitação, os resultados obtidos sinalizam com um intervalo médio (339 dias) extenso, sem dúvida, mas aqui também haveria a necessidade de repetir e refinar a pesquisa, incluindo variáveis que sejam capazes

de medir, por exemplo, o impacto do fim da pandemia da COVID-19 e do esforço de adaptação normativa, institucional e tecnológica empreendido pela instituição ao longo dos últimos anos. De igual modo, seria de todo interessante medir o tempo despendido em cada etapa do trâmite interno e também em diligências em órgãos externos, como delegacias de política, a fim de identificar *gargalos procedimentais* e agir para eliminá-los.

Não podemos deixar de referir, contudo, a impressão geral de que a (suposta) limitação legal de que realização do acordo seja realizada antes do oferecimento da denúncia põe sobre o Ministério Público uma imensa pressão operacional que, a nosso juízo, labora em franco prejuízo à resolutividade dos conflitos e, até mesmo, a uma atenção de maior qualidade que poderia ser prestada às vítimas.

Nessa linha de intelecção, o que se propõe é a criação de algum instrumento normativo de âmbito interno, ou ainda uma proposta de alteração legislativa que flexibilize tal exigência, permitindo aos promotores o oferecimento de ANPPs, inclusive, após o recebimento da inicial acusatória, e mesmo para crimes posteriores à entrada em vigência da nova Lei. Algo assim já aconteceu na história de um instituto em tudo similar ao ANPP: a suspensão condicional do processo, que deveria ser proposta pelo órgão ministerial com o oferecimento da denúncia, mas que hoje tem sido frequentemente utilizada já no curso do processo, com benefícios para todos.

No tópico 5.2, estudamos a chamada *possibilidade jurídica* do ANPP, explorando as questões mais importantes envolvidas nas decisões sobre a que crimes seria possível ou não aplicar o instituto.

Também aqui é necessário deixar o registro sobre as dificuldades tecnológicas que o grupo enfrentou, e que na prática inviabilizaram o acesso aos expedientes em que o Ministério Público *deixou de oferecer* o acordo.

Também aqui observamos o problema de uma fundamentação mais robusta das decisões ministeriais, para além das fórmulas gerais contidas nos termos de acordo. Há, contudo, pelo menos dois *dados* que, por razões diametralmente opostas, chamam atenção: primeiro, observou-se proposta de ANPP realizada, aceita e homologada, sem obstáculos de quem quer que seja, em um expediente em que a conduta imputada ao acusado estava tipificada como *resistência* (art. 329, do Código Penal), crime ao qual, em princípio, seria inaplicável o acordo, seja porque a *violência* e a *ameaça* são elementos objetivos do tipo, seja porque aplicável a transação penal, em consequência da pena prevista de forma abstrata; além disso, observou-se uma ausência total de acordos realizados em expedientes sobre crimes de racismo ou de injúria racial, que estariam, em princípio, dentro do espectro estabelecido pelo art. 28<sup>a</sup>, do CPP.

No que se refere ao primeiro aspecto, os dados revelam, segundo pensamos, a necessidade de refletir sobre a relação que se espera entre *legalidade*, de um lado, e *resolutividade* dos conflitos, de outro, sobretudo naqueles casos em que o acordo parece ser benéfico para todos os envolvidos (vítima, acusado e sociedade) e o próprio Ministério Público tenha (como tem, efetivamente) a última palavra para oferecer a avença.

Em relação aos crimes de racismo e injúria racial, sabe-se que, apesar de cabível, conforme os critérios estabelecidos em Lei, tem havido alguma resistência em reconhecer a aplicabilidade do acordo em tais casos, o que se reflete em importantes decisões dos Tribunais Superiores. De outro lado, sabe-se do esforço institucional e doutrinário (no âmbito deste MPBA, inclusive) com o objetivo de demonstrar que o acordo é um instrumento indispensável para evitar a *impunidade* total desses delitos e viabilizar reparação civil mais rápida e eficaz às vítimas, como está cristalizado, até mesmo nos enunciados n. 27 e 28 do CONCRIM.

Também aqui, portanto, seria necessária uma ampliação temporal da pesquisa, com o intuito de acompanhar o impacto do mencionado enunciado, bem como da atuação da recém instalada promotoria de combate ao racismo, no particular.

No tópico 2.1, desta segunda parte do trabalho, examinamos as condições que podem eventualmente ser exigidas pelo Ministério Público para abrir mão da via tradicional de persecução penal, isto é, as sujeições que o acusado voluntariamente aceitará, para não correr o risco de um resultado mais gravoso.

Aqui também repercutiu o problema da carência de fundamentação, já não apenas na própria decisão de propor ou deixar de propor o acordo, mas também quanto à escolha por uma ou algumas, em detrimento de outras, e as soluções propostas seguem, portanto, aquilo que já afirmamos no tocante à criação de espaços para o debate político-criminal.

No que se refere aos dados obtidos, observou-se uma prevalência acentuada de prestação pecuniária e de prestação de serviço comunitário voluntário, o que denota (incluindo-se também a renúncia de bens e direitos) uma certa preferência por condições que, embora não determinem privação intensa de liberdade, estão expressamente previstas na Lei como espécies de pena, com todos os complicadores já referidos, de compatibilidade com o *devido processo legal*.

Noutro sentido, observou-se uma incidência muito grande de medidas de cunho reparador/pecuniário (prestação pecuniária, reparação de dano e renúncia de bens e de direitos).

Por fim, anotou-se a baixa incidência das “outras” condições, como facultado pelo art. 28-A, V.

Nesse ponto, contudo, cumpre pontuar a reflexão que pudemos fazer em torno de alguns enunciados do CONCRIM: o enunciado 21, do CONCRIM, ratificado na Nota Técnico-Jurídica n. 02/2021, de 24 de agosto de 2021, do CEOSP, admitindo a possibilidade de utilização da faculdade do art. 28-A, V para a obtenção de bens *in natura* a fim de aparelhar unidades policiais; e os enunciados 27 e 28, do mesmo órgão, que prevêem, dentre outras coisas, a possibilidade de, nos crimes de racismo e injúria racial, destinar recursos a *instituições públicas ou privadas cuja principal atuação esteja voltada para o enfrentamento ao racismo e/ou à promoção da igualdade racial*.

Esse *confronto*, entre enunciados que expressam, ambos, a atuação ativa e criativa do MP na apresentação de soluções para além do que está previsto de forma expressa na Lei, mas propondo soluções que parecem caminhar em sentidos diametralmente opostos em termos de política criminal: um que se apresenta como exemplo de atuação reparadora e preventiva, e outro de cunho mais imediatista, privilegiando a eficiência do aparato repressor.

É justamente esse o ponto que, segundo entendemos, merece ser pesquisado de forma mais profunda no seu alcance (com a coleta de novos dados empíricos) e alargada na sua extensão, alcançando todos os mecanismos legais que permitem ao Estado arrecadar e distribuir recursos oriundos de sanções impostas ou negociadas no âmbito do sistema de justiça criminal. O ANPP, entretanto, pode perfeitamente continuar a ser esse universo privilegiado de pesquisa, até para que possamos, em trabalho futuro, medir e analisar criticamente os níveis de adesão dos promotores aos enunciados acima referidos.

Por fim, identificou-se também a necessidade de refletir, em pesquisas posteriores, sobre a necessidade de introduzir medidas relacionadas à Justiça Restaurativa, totalmente ausente da nossa prática, e até mesmo dos instrumentos e decisões institucionais acerca do ANPP, malgrado o instituto tenha merecido tratamento específico na Resolução n. 118<sup>22</sup> e um destaque especial na 243, do CNMP, que versa justamente sobre a atenção que deve prestar às vítimas no processo penal.

No tópico 2.2, o presente relatório trata de estabelecer o perfil da pessoa acusada, bem como de explorar questões relacionadas à regularidade do exercício da ampla defesa, como a efetiva assistência por defensor técnico e a exigência ou não de confissão para a realização dos acordos.

22 BRASIL. Conselho Nacional do Ministério Público. Resolução n. 118, de 1 de dezembro de 2014. Dispõe sobre a Política Nacional de Incentivo à Autocomposição no âmbito do Ministério Público e dá outras providências. Brasília, DF: Conselho Nacional do Ministério Público, 2014. Disponível em: <https://www.cnmp.mp.br/portal/images/Resolucoes/Resolucao-118-1.pdf>. Acesso em: 10 out. 2023.

No que se refere ao perfil, com todas as ressalvas metodológicas já explicitadas no tópico 3, chegou-se à conclusão de que é possível afirmar a seletividade de raça e de classe do funcionamento do sistema de justiça, tanto ao selecionar aqueles que são alcançados pelo aparato policial quanto ao selecionar aqueles que conseguem o *benefício* de uma solução mais branda para o caso penal.

Nos pontos relacionados ao exercício da defesa, observou-se que a maioria esmagadora dos acusados/investigados só teve assistência de defensor técnico no momento em que foi notificado pelo MP para dar início às tratativas, quando quase sempre se exige a confissão plena, isto é, a rendição total do *investigado*.

Sugeriu-se, portanto, considerando a vulnerabilidade social e processual dos acusados/investigados, a criação de instrumentos de consenso que flexibilizem a exigência de confissão, em nome de maiores índices de resolutividade, o que a todos interessa, inclusive, à vítima.

No tópico relacionado às vítimas, partimos de situar o problema da posição da vítima no processo penal, desde uma perspectiva da história dos sistemas de justiça penal do Ocidente, chamando atenção para os esforços recentes com a finalidade de recuperar o seu protagonismo, com reflexos até em documentos normativos elaborados pelo CNMP.

No que se refere à pesquisa, propriamente, procuramos identificar o perfil (em termos de vulnerabilidade) e aferir os níveis de atenção dedicados às vítimas no período pesquisado, e o que se observou é que, de fato, há um longo caminho a ser percorrido nesse item.

Como consequência desse confronto entre as diretrizes estabelecidas nos atos normativos e os resultados obtidos na pesquisa, pontuamos sobre a necessidade de pensar, institucionalmente, estratégias que permitam racionalizar a atenção às vítimas, incluindo aquelas cujos direitos foram violados pelos próprios órgãos de segurança pública, e priorizando aquelas em situação de especial vulnerabilidade.

De igual modo, observamos a necessidade de empreender esforços a fim de compatibilizar o tratamento normativo do ANPP com instrumentos de justiça restaurativa, aproveitando, até mesmo, a experiência que já existe no âmbito do Tribunal de Justiça da Bahia (TJBA).

### **Referências bibliográficas**

ACHUTTI, Daniel. **Justiça restaurativa e abolicionismo penal**. São Paulo: Saraiva, 2014.

ALMEIDA, Silvio. **Racismo Estrutural**. São Paulo: Pólen, 2019.

AROCA, Juan M. **Principios del proceso penal: una explicación basada en la razón**. Valencia: Tirant lo Blanch, 1997.

BARROS, Flaviane M. **A participação da vítima no processo penal**. Rio de Janeiro: Lumen, 2008.



# DO QUE SE FALA QUANDO SE FALA EM FUMUS COMISSI DELICTI? UM MODELO DE CONTENÇÃO DO ARBÍTRIO NA ADJUDICAÇÃO DA HIPÓTESE ACUSATÓRIA LEGITIMADORA DA PRISÃO PREVENTIVA

WHAT ARE WE TALKING ABOUT WHEN WE TALK ABOUT FUMUS COMISSI DELICTI? A MODEL FOR CONTAINING ARBITRARINESS IN THE ADJUDICATION OF THE ACCUSATORY HYPOTHESIS LEGITIMIZING PRE-TRIAL DETENTION

FERNANDO BRAGA DAMASCENO<sup>1</sup>

**SUMÁRIO:** 1. Introdução; 2. Os pressupostos do modelo: seus valores estruturantes e sua finalidade; 2.1. A elevada danosidade da cautela e a exigência do *fumus comissi delicti* enquanto tutela precaucional da própria liberdade; 2.2) A elevada danosidade da cautela (ainda) e a necessidade de maximizar a garantia do acesso à justiça; 3. O modelo: a exigência de uma acusação validamente formulada; 3.1. Que hipótese deve ser admitida (como provada)? 3.2. O princípio acusatório e os critérios para formulação de uma acusação válida; 4. O modelo (segue): a valoração do apoio empírico da hipótese acusatória; 4.1. O *fumus comissi delicti* como maximização da racionalidade decisória: uma concessão à chamada «doutrina da confiança epistêmica»; 4.2. A exigência de “ostensão probatória”: o *fumus comissi delicti* enquanto «evidência»; 4.3. A passeidade enquanto critério para “ancorar” a hipótese acusatória: o *fumus comissi delicti* como vestígio do crime; 4.4 A exigência de razões que autorizem a preferência pela hipótese acusatória em detrimento da sua antítese: o *fumus boni iuris* enquanto standard da preponderância; 5. Conclusões. Referências

**RESUMO:** O presente artigo enfrenta o problema do arbítrio decisório na decretação da prisão preventiva, mais especificamente na verificação da presença do *fumus comissi delicti*. Como hipótese de trabalho, admite-se que a ordem jurídica brasileira se projeta sobre a tomada de decisão respectiva, apontando os valores tutelados através a exigência do mencionado requisito para a prisão cautelar e delineando um modelo de contenção do subjetivismo decisório, que abrange os critérios para a validação da própria hipótese acusatória e para a valoração do seu suporte empírico.

**PALAVRAS-CHAVE:** Processual Penal; Direito Probatório; Episte-

1 Professor do Mestrado da ENFAM; Doutor em Direito (UFPE - 2023); Mestre em Direito (UFC-2005); Mestre em Raciocínio Probatório (Universidade de Girona - 2024); Desembargador Federal (TRF5); E-MAIL: fernando-braga@hotmail.com; LATTES: <http://lattes.cnpq.br/9489087695696684>; ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-8690-3440>.



mologia jurídica; prisão preventiva; *fumus commissi delicti*.

**ABSTRACT:** *This article tackles the problem of decision-making discretion when ordering pre-trial detention, more specifically when verifying the presence of fumus commissi delicti. As a working hypothesis, it is accepted that the Brazilian legal order projects itself onto the respective decision making, pointing out the values protected through the requirement of the aforementioned requirement for imprisonment and outlining a model for containing decision-making subjectivism, which includes the criteria for validating the accusatory hypothesis itself and for evaluating its empirical support.*

**Key words:** *Criminal Procedure Law; Evidence Law; Legal Epistemology; pre-trial detention; fumus commissi delicti.*

## 1 Introdução

O Brasil é um dos países que mais recorre à «prisão antes da desconstituição da presunção de inocência», ocupando a primeira terça parte do ranking respectivo. Apesar de apostar alto na pena privativa de liberdade – é o 5º do mundo nesse quesito –, há razões para admitir que a elevada proporção de presos sem culpa formada (ou presos provisórios), em relação ao total de presos, pode não decorrer inexoravelmente dessa opção de política criminal, bastando atentar que: (i) não há uma interseção minimamente considerável entre o conjunto dos países que mais apostam na pena de prisão<sup>2</sup> e os que apresentam as maiores proporções entre o número de presos provisórios e o total de presos<sup>3</sup>; e (ii) ao contrário, há uma quase total coincidência entre os países que mais prendem provisoriamente e aqueles que apresentam baixo índice de desenvolvimento humano<sup>4</sup>.

Daí, considerando óbvia a associação entre o baixo índice de desenvolvimento humano e a baixa institucionalidade do Sistema de Justiça Criminal – por razões ligadas aos planos normativo e das praxes policiais e judiciais ou por problemas inerentes a apenas este último – e, tomando por base as declarações internacionais de direitos humanos e a interpretação que lhes dão as respectivas cortes – que autorizam concluir que a ordem normativa brasileira não apresenta uma manifesta assimetria com o marco internacional, ao menos a ponto tomá-la como “a” causa da elevada taxa de encarceramento preventivo –, emerge justificada uma maior preocupação com a sua praxe judiciária<sup>5</sup>: com a interpretação que é

2 [https://www.prisonstudies.org/highest-to-lowest/prison\\_population\\_rate](https://www.prisonstudies.org/highest-to-lowest/prison_population_rate)

3 <https://www.prisonstudies.org/highest-to-lowest/pre-trial-detainees>

4 [https://hdr.undp.org/system/files/documents/global-report-document/hdr2021-22pdf\\_1.pdf](https://hdr.undp.org/system/files/documents/global-report-document/hdr2021-22pdf_1.pdf) (p. 272 e ss).

5 Reforça essa ideia a elevada assimetria entre os diversos estados brasileiros – submetidos ao mesmo sistema normativo –, apresentando alguns um número de presos provisórios que beira a metade do total de presos (SUXBERGER, 2020: 143).

conferida à disciplina da prisão preventiva e com a resolução da *quaestio facti* que redundará na definição dos seus respectivos pressupostos.

Registre-se, ademais, que as mesmas razões que respaldam a compreensão de que há um excessivo número de prisões preventivas decorrentes de um descompasso (anormal) entre os planos do «dever-ser» e do «ser» também reforçam a ideia de que haveria uma injusta distribuição dessas prisões, já que seria mesmo ilógico admitir que se prende muito por uma falha *sistemática* e que esse excesso não é acompanhado por uma tendência ou seletividade que prejudica um determinado grupo social e/ou étnico.

Em face desse contexto, propõe-se realizar aqui uma abordagem dessa problemática sob a ótica do *cientista do direito probatório*, o que termina levando a um estreitamento que a adequa às dimensões do presente trabalho, centrando-a numa questão que não vem recebendo (tanta) atenção da doutrina brasileira<sup>6</sup>, qual seja: a decisão acerca da (in)suficiência de razões adequadas à admissão de que aquele que se quer encarcerar é o agente da conduta criminosa objeto da persecução penal.

Propõem-se, então, responder à seguinte pergunta: *como a ciência do direito probatório poderia mediar um modelo de contenção do arbítrio decisório para a adjudicação da hipótese acusatória no âmbito da decretação ou manutenção da prisão preventiva?* Dizendo de outro modo: *quais, no marco de um processo penal garantista, os critérios que condicionam o reconhecimento do *fumus comissi delicti* enquanto requisito da decretação ou manutenção da prisão preventiva?*

Adotar-se-ão as seguintes premissas subjacentes à ideia de garantismo processual penal: (a) a prisão preventiva deve decorrer de um *processo de tomada de decisão* voltado à adjudicação das hipóteses fáticas sobre as quais incidirão as normas que as disciplinam; (b) referida tomada de decisão não pode ser (preponderantemente) subjetivista, devendo respeitar determinados critérios verificáveis intersubjetivamente; e (c) uma motivação *a posteriori* só teria aptidão para legitimar a decisão (já) tomada se demonstrar que foram respeitados os critérios que vinculam a própria tomada de decisão (ou seja, a motivação não pode ser tomada como vocacionada exclusivamente à persuasão)<sup>7</sup>.

6 Pode-se mencionar os trabalhos de Luiz Régis Prado, que, das mais de 200 páginas dedicadas à prisão preventiva, utiliza menos de uma para tratar da exigência do *fumus comissi delicti* (PRADO, 2018: 86/87), e de Alexandre Moraes da Rosa, que abre tópico para tratar dos requisitos da prisão preventiva e, ali, se resume a dizer que o *fumus comissi delicti* corresponderia a “elementos sólidos de materialidade” (ROSA, 2020: 454). NICOLINI (2015: 94), quando se refere ao *fumus comissi delicti*, resume-se a parafrasear a letra da lei.

7 O processo decisório não é irrelevante para o ordenamento jurídico brasileiro: o julgador não é um ser livre-para-pensar segundo seu perfil, suas emoções, preconceitos, mas, ao contrário, deve pautar-se por critérios, mais ou menos determinantes, derivados da própria ordem jurídica (BRAGA DAMASCENO, 2023a: 56 e ss.).

A hipótese a ser testada no presente trabalho é, então, a de *que a ordem jurídico-constitucional brasileira – integrada pelas declarações de direitos humanos (CF/88 – 5, §2º) – projeta-se sobre o âmbito da tomada de decisão, ensejando uma disciplina para a definição sobre a (in)existência de razões suficientes para admitir, para fins de autorizar seu encarceramento preventivo, que alguém é o autor de uma determinada conduta tipificada como crime*. Em outras palavras, verificar-se-á qual o modelo antiarbitrio resulta da projeção dos valores estruturantes do Estado brasileiro, sobretudo, daqueles que condicionam o modo de ser do Sistema de Justiça Criminal – sua estrutura acusatória, o direito à ampla defesa, à prova, ao contraditório; modelo este que, por sua vez, dependerá de diversos conceitos/categorias que lhe confirmam operabilidade e previsibilidade – como o de *prova* (o que vale e o que não vale como prova), de ônus probatório (que traz associada a ideia de necessidade de prova) etc.

Em resumo, verificar-se-á, ao longo de todo o trabalho, se já existe um sistema normativo, que limita a liberdade decisória do juiz quando define se o acusado, ou mesmo investigado, responderá ao processo preso ou livre.

O trabalho será dividido em duas partes: na primeira, a partir de análise da Constituição de 1988, da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, do Código de Processo Penal, e da jurisprudência e doutrina pertinentes, perquirir-se-ão os valores que fundamentam a exigência do *fumus comissi delicti* como condição para a prisão preventiva; na segunda, com base em tais valores e com o recurso aos aportes de autores da chamada escola racionalista da prova judicial, construir-se-á um “modelo” para o próprio sistema normativo limitador da liberdade decisória quando da definição sobre a presença do referido requisito legitimador, uma disciplina fraca, claro, que não se baseia em regras aplicáveis mediante um juízo de subsunção e que jamais poderia ser minimamente confundida com um sistema de prova tarifada ou legal.

## 2 Os pressupostos do modelo: seus valores estruturantes e sua finalidade

A prisão preventiva – PP – é instrumento voltado à privação da liberdade de alguém (i) que teria feito algo (*no passado*) e (ii) para impedi-lo de fazer algo (*no futuro*). Por mais que tenha finalidade cautelar, ela não se funda *unicamente* na ideia de perigo, reclamando se estabeleça uma relação entre a fonte deste (do risco) e a própria conduta que configura o objeto da persecução penal; em suma, embora preventiva, não se pode olvidar que ela se opera no âmbito de uma atividade repressiva.

Deve-se, pois, descartar qualquer compreensão que a insira no âmbito de uma atividade de segurança pública ou de prevenção geral<sup>8</sup>, já que a PP não se presta à aferição da periculosidade de um e de outro, para segregar aqueles (mais) perigosos: a PP necessariamente se volta (também) ao passado, aliás, a um recorte bem específico do passado.

Assumindo isso, pode-se compreender bem a ideia de *fumus comissi delicti*, como sendo justamente aquilo que ligaria a *persecução merecedora da tutela propiciada pela prisão ao indivíduo cuja liberdade gera um determinado tipo de perigo*, associando-se ainda a uma ideia de força ou qualidade mínima (dessa ligação), a partir da qual poderia o indivíduo ser alvo da privação de liberdade enquanto aguarda o julgamento.

Embora isso possa parecer uma obviedade, esse registro inicial faz-se necessário porque chama a atenção para o fato de que a prisão preventiva se trata de uma espécie peculiar de tutela (dos interesses da persecução estatal), *que se legitima apenas em face do indivíduo que, para esse específico propósito e com base em determinados critérios, deve ser considerado o responsável por uma conduta merecedora de uma determinada espécie de sanção*<sup>9</sup>.

## 2.1 A elevada danosidade da cautela e a exigência do *fumus comissi delicti* enquanto tutela precaucional da própria liberdade

O reconhecimento da *liberdade de ir e vir*<sup>10</sup> como direito fundamental da mais alta envergadura equivale à criação de um vetor maximizador de sua tutela, o qual permeia absolutamente toda a ordem jurídica, proscrevendo restrições desnecessárias e desproporcionais, impondo aos poderes constituídos a adoção de medidas voltadas a impedir, corrigir e reparar eventuais restrições ilegítimas; não fosse assim, o direito à liberdade não passaria de uma mera boa intenção do Constituinte.

*A prisão até a prolação da sentença* – o que no Brasil chega a ultrapassar os dois anos – configura *dano* equivalente ou até mais grave que aquele propiciado pela

8 “Las medidas de coerción, especialmente la prisión provisional, no persigue alcanzar fines preventivos (generales o especiales) sino asegurar los fines del proceso. La prisión provisional no es la solución a la inseguridad ciudadana ...” (CASTILLO ALVA, 2018: 173).

9 O CPP-313, I, estabelece como regra geral, que será admitida a prisão apenas nos crimes dolosos punidos com pena privativa de liberdade máxima superior a 4 (quatro) anos. Registre-se que não é o objeto do processo que determinará se a prisão é cabível, mas a acusação que paira sobre o indivíduo que se quer prender preventivamente. Nesse sentido o STJ: “na hipótese, verifico que a prisão preventiva, *haja vista a pena em abstrato prevista para o crime que é imputado ao paciente*, não atende aos pressupostos insertos no art. 313, I, do Código de Processo Penal, que estabelece admitir-se a sua decretação “nos crimes dolosos punidos com pena privativa de liberdade máxima superior a 4 anos” (HC n. 674.421/SP, julgado em 5/10/2021). Noutra oportunidade, controlando a prisão preventiva determinada no âmbito de processo que tinha por objeto os crimes do artigo 171 e 288 do Código Penal, a Corte Especial considerou apenas a conduta que havia sido imputada formalmente à ré custodiada (HC n. 107.881/MG, julgado em 28/9/2010).

10 Liberdade física (CIDH - 7.2).

execução da mais grave sanção que o Estado brasileiro pode aplicar ao indivíduo: a pena privativa de liberdade em regime fechado<sup>11</sup>, daí porque seria equivocado tomá-la como um mero adiamento da fruição de um bem da vida qualquer – ideia que permeia a abordagem dos provimentos de urgência em processos de natureza cível –, impondo-se a alteração do seu eixo gravitacional – da tutela da *efetividade do processo*, para a tutela da própria *liberdade de ir e vir* – ou, ao menos, a priorização desta última.

Dessa forma, assumindo a perspectiva do gestor dos serviços judiciais, que sofre a pressão do vetor que impõe a maximização da tutela dos direitos fundamentais e pensando no resultado cumulado do Sistema de Justiça Criminal, impõe-se indagar se uma ordem jurídico-constitucional que se considere democrática e marcada pela dignidade da pessoa humana seria indiferente em relação à proporção dos casos em que o acusado aguardou preso a (formação de um quadro que imponha) sua absolvição. Poder-se-ia dizer que o valor liberdade estaria sendo adequadamente concretizado independentemente dessa *ratio*?

A resposta há de ser negativa.

Primeiro, porque a *prisão preventiva seguida de (um quadro que imponha a) absolvição* – PPSA –, equivale a um dano gravíssimo e irreparável, ao contrário da *prisão preventiva seguida de condenação*, porquanto, neste último caso, o tempo de encarceramento é automaticamente convertido em tempo de pena cumprida, ou seja, lograr-se-ia praticamente anular aquele dano causado ao indivíduo com a finalidade de tutelar os interesses estatais na persecução.

Segundo, porque, em se tratando da liberdade, a tutela precaucional deve ser sempre preferida em relação a uma tutela reparatória/indenizatória, de sorte que, ainda que se admitisse uma indenização automática ao absolvido que ficou preso durante o processo, essa opção deve ser vista como um “mal menor”, jamais podendo autorizar uma total despreocupação com uma tutela precaucional (BRAGA DAMASCENO: 2023b). A propósito, VALENZUELA (2011: 65) defende que seria absurdo não computar o tempo de PP em tempo de cumprimento de pena, ante a equivalência de sua repercussão para a liberdade do indivíduo, o que implica reconhecer que seria absurdo menosprezar a gritante diferença entre uma tutela da liberdade posterior, via indenização, e uma tutela precaucional, capaz de impedir o dano ao bem jurídico fundamental.

11 Segundo NAVONA (1988: 27), não se poderia negar que a natureza jurídica da prisão preventiva é a privação da liberdade. Aliás, muito pouco se poderia fazer para distingui-la, em danosidade, da pena de reclusão: a separação entre os presos provisórios e os que cumprem pena; regimes disciplinares distintos, já que a prisão preventiva não poderia visar a ressocialização, etc.

Ademais, mesmo que se entenda que a PPSA não geraria o direito à indenização, por ser uma espécie de “preço” que todos estaríamos sujeitos a pagar para vivermos em sociedade, não poderia decorrer daí uma indiferença da ordem jurídica brasileira com a opção por um Sistema de Justiça Criminal que apresentasse uma proporção qualquer de PPSA.

Terceiro, porque, se não há, deveria haver uma tutela contra um perigo processual desconectado do *fumus comissi delicti*, ou seja, uma tutela própria para aqueles perigos gerados por terceiros sabidamente desvinculados do objeto da persecução ameaçada em sua efetividade<sup>12</sup>.

Quarto, porque, se um dado sistema de justiça criminal apresenta, como resultado cumulado, um excessivo número de PPSA, ainda que por falta de provas, restaria abalada a sua própria capacidade para boas prognoses de reiteração delictiva, de fuga ou destruição de provas (FÉRRER BELTRAN, 2017: 118), ou seja, restaria abalada sua aptidão para se separar as prisões necessárias das desnecessárias<sup>13</sup>.

É certo que, em relação a este último argumento, se poderia redarguir que nem sempre a PPSA configuraria uma injustiça (da prisão) em detrimento da liberdade, mas, por vezes, quiçá a maioria, uma injustiça (substancial) da própria absolvição, já que não se poderia descartar a hipótese de o acusado ter efetivamente interferido no curso da investigação/instrução, ter sido legitimamente preso preventivamente e, ainda assim, ter logrado impedir a preservação/apreensão da totalidade da prova, impedindo sua justa condenação.

Referido contraponto, todavia, além de só se referir a uma das hipóteses de prisão preventiva, pode ser rebatido por três caminhos: a) ele admite implicitamente que se poderia, sem a prova faltante, afirmar que o indivíduo é o culpado e, mais, que só não foi condenado porque logrou destruir provas até então disponíveis aos agentes da persecução; b) ele assume a prisão como uma sanção, não pelo fato criminoso, mas por aquele fato do qual se inferiu a existência de perigo; c) ele pressupõe que não haveria uma forma de tutelar a efetividade da persecução relacionada ao evento X diversa do encarceramento preventivo daquele que se consegue atribuir a responsabilidade por X.

Assim, pode-se concluir que a exigência de *fumus comissi delicti* consubstancia-se em uma tutela precaucional da liberdade de ir e vir, buscando adequar, ao valor que a ordem jurídica confere ao referido direito fundamental, o «risco de o acusado ter que aguardar, preso, a formação de um quadro que imponha sua

12 TORTOSA (2008: 66) separa as formas de tutela dos interesses da persecução a depender de o risco provir do acusado ou de terceiros.

13 “Los elementos de juicio (pruebas) que apoyen tal acusación deben ser suficientemente consistentes para considerar baja la probabilidad de que el acusado sometido a prisión provisional acabe finalmente absuelto y, por tanto, resulte injustificada a medida cautelar ...” (FERRER BELTRÁN, 2017: 122).

absolvição», quer esta decorra de uma impossibilidade circunstancial de obtenção de provas de sua culpa, quer porque, dada a situação concreta, não haveria mesmo provas de sua culpa, quer porque todas as provas que se poderia amealhar seriam mesmo insuficientes para determinar sua culpa; quer porque as provas porventura existentes apontariam para a sua inocência.

Acresça-se que a admissão de que a proporção de PPSA merece alguma contenção nada tem a ver com uma relativização da presunção de inocência, embora isso possa “soar” paradoxal, já que se estaria defendendo que apenas alguém com uma considerável chance de condenação é que poderá ser submetido à prisão preventiva.

É que não há qualquer antagonismo lógico nas duas espécies de tutelas, mediante a sobreposição de dois requisitos para a prisão preventiva: um, voltado a uma tutela imediata da presunção de inocência, impondo que a função do encarceramento se dissocie da sancionatória – algo como, “você não está sendo preso porque entendemos que cometeu um crime, está sendo preso para que não destrua provas, não frustre a aplicação da lei penal”<sup>14</sup> –; outro, voltado a uma tutela precaucional da própria liberdade.

Seria absurdo imaginar que a presunção de inocência seria mais prestigiada com um sistema que se concentrasse *apenas* no risco que a liberdade do acusado geraria aos interesses da persecução e que simplesmente desconsiderasse a sua ligação com o fato investigado, sacrificando, assim, a tutelar a própria liberdade de ir e vir, que evidentemente reclama essa proteção autônoma.

Aliás, a exigência do *fumus comissi delicti*, quando considerada as limitações do Sistema que opera (n)a realidade, *termina por reforçar a garantia da presunção de inocência*, isso porque já há indicativos seguros de que a prisão preventiva gera um considerável incremento das chances de uma *condenação errônea*<sup>15</sup>, ou seja, o fato de o réu responder ao processo preso aumenta o risco de uma desconstituição materialmente ilegítima da presunção de inocência, daí porque se entende que se deve pensar em evitar ao máximo o encarceramento de alguém que, mais adiante, *num juízo materialmente correto*, seria absolvido, já que, ao dano inerente à privação da liberdade por tanto tempo, se deve acrescer o incremento das chances de ser injustamente condenado: isso, sim, atenta contra a garantia da presunção de inocência<sup>16</sup>.

14 DEI VECCHI (2013: 201 e ss) defende que uma finalidade exclusivamente cautelar teria a aptidão para compatibilizar a PP com a presunção de inocência; dá exemplo de outras limitações à liberdade por questões de perigo e/ou saúde, que nada têm a ver com sanções e, portanto, com a desconsideração da inocência daquele que tem sua liberdade cerceada.

15 Nesse sentido: a) LEIPOLD, 2005; b) LOWENKAMP, 2013; c) FONDEVILA, 2020; e d) GLOECKNER, 2015.

16 A propósito, necessário superar outro contraponto. Poder-se-ia redarguir que quanto maior for o rigor nessa prognose de condenação, maior seria esse seu “efeito contaminante” (DEI VECCHI, 2017, 202); todavia, ainda que não se possa descartar referida conclusão, há que se ponderar que esse (possível) maior “efeito

Não se olvida, é claro, o antagonismo entre essa forma de tutela da liberdade e a tutela dos interesses da persecução, na medida em que em tese é factível a existência de um quadro de risco à efetividade do processo gerado pela liberdade de um indivíduo, em relação ao qual ainda não se conseguiu estabelecer uma clara ligação com o fato objeto da persecução. Referido interesse, embora deva ser considerado pelo intérprete/aplicador da norma, não poderia autorizar uma ponderação absolutamente livre pelo decisor, como se estivesse legitimado a restringir a liberdade na medida do que entender necessário à maximização da efetividade da persecução; isso porque implicaria numa indevida priorização de um dos interesses em conflito e, se um for merecedor de prioridade, certamente que deverá ser o direito fundamental conformador da própria estrutura da relação do Estado-indivíduo: a liberdade.

## 2.2 A elevada danosidade da cautela (ainda) e a necessidade de maximizar a garantia do acesso à justiça

A ordem jurídico-constitucional brasileira garante o acesso à Jurisdição, para que se impeça e/ou se repare qualquer lesão ou ameaça a direito<sup>17</sup> e, por outro lado, assegura que a resolução respectiva exige se respeite o devido processo legal, com todas as garantias que lhe são inerentes<sup>18</sup>.

A elevada dignidade da liberdade de ir e vir impõe que sua privação pelo tempo do processo dependa de uma decisão *materialmente jurisdicional*, não apenas por alguém integrante do poder judiciário, mas sobretudo por uma instituição terceira, alheia ao conflito (LOPES JR, 2023: 26-27), o que fica ainda mais claro quando se vai à Convenção Interamericana de Direitos Humanos, que é expressa ao estabelecer que a definição sobre a legitimidade da própria decretação da prisão preventiva não deve aguardar o fim do processo penal<sup>19</sup>.

---

contaminante" dar-se-ia num grupo (bem) menor de acusados que chegariam presos ao momento de sua sentença, de sorte que só isso já respaldaria a ideia de que essa (suposta maior) tendência pró-condenação num grupo menor não projetaria mais condenações errôneas que uma (suposta menor) tendência num grupo maior. Mas não só isso: há que se reconhecer que esse grupo menor não é um subgrupo qualquer, aleatório, mas justamente os que passam por um filtro vocacionado reter aqueles casos com maiores chances de absolvição ou de uma condenação materialmente errônea.

17 Artigo 5º, XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;

18 Artigo 5º, LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;

19 "Artigo 7. Direito à liberdade pessoal ... 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 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".



Daí que se faz absolutamente imprescindível que se maximizem o contraditório e os meios de defesa (defesa técnica, direito à prova ...), que devem ser viabilizados imediatamente após a decretação (ou o cumprimento) da PP, reclamando, por conseguinte, *uma relação processual destacada*, com um aprofundamento da cognição e do debate que viabilizem o controle sobre as razões e sobre os elementos empíricos que serviram como pretexto legitimador da medida. Enfim, decretou-se (ou cumpriu-se) a PP, deve-se propiciar o imediato acesso às razões de decidir e a todos os elementos que a embasaram, viabilizando, também, o aporte de novos elementos e argumentos contrários<sup>20</sup>, não sendo possível se aguarde a realização de uma complexa instrução voltada a subsidiar a decisão final do processo, quando a legitimidade da prisão preventiva dependa apenas de uma diligência simples, para dirimir uma questão pontual, como, por exemplo, a robustez da alegação de um álibi.

Pois bem. As principais garantias processuais, que fornecem a estrutura ao devido processo legal, tomando a elevada dignidade do bem que é suprimido, impõem se viabilize o mais efetivo controle, pelo preso, sobre as razões que levaram à decretação da PP e, também, sobre eventual desconsideração de razões contrárias, o que se projeta para o momento da tomada de decisão, condicionando-a, deslegitimando a prisão nos casos em que acusador, ainda que sem intenção, (i) optou por um caminho que dificultasse ou mesmo inviabilizasse esse controle sobre os elementos utilizados para embasar tanto a sua ligação com a conduta objeto da persecução como aquela que embasa a prognose de perigo ou (ii) deixou passar algum elemento informativo que pudesse falsear ou enfraquecer o apoio dado à hipótese de que o acusado/investigado é o agente de uma determinada conduta.

Enfim, numa apertada síntese: os valores que fornecem a estrutura ao modelo que será esboçado logo a seguir são, ao lado do *direito à liberdade física*, as *garantias da ampla defesa* e do contraditório (o controle, pela parte, sobre as razões que legitimariam a privação de sua liberdade) donde afloram suas finalidades: promover uma tutela precaucional da liberdade de ir e vir e *impor (ou estimular) a adoção do caminho que maximize o controle sobre os as razões que legitimariam a supressão do referido bem da vida*.

No sentido de que a definição sobre se o acusado aguardará preso o julgamento depende de uma decisão materialmente jurisdicional: MORAHAN, 1992: 417.

20 LOPES JR (2023: 31) fala em maximizar o contraditório, mediante a construção de uma cultura de audiência e de oralidade. Para GLOECKNER (2015: 12), “toda decisão cautelar, protetiva e preventiva deverá ser acompanhada de audiência, em contraditório, para que o afetado pela decisão possa alargar o campo cognitivo judicial”.

## 4. O modelo: a exigência de uma acusação validamente formulada

### 4.1 Que hipótese deve ser admitida (como provada)?

O artigo 312 do Código de Processo Penal exige para a decretação da prisão preventiva (i) *prova da existência do crime* e (ii) *indício suficiente de autoria*; o que impõe indagar se o *fumus comissi delicti* reclama seja admitida como provados o crime e (ainda que por meio de indícios) sua autoria na pessoa daquele que cogita custodiar.

Segundo uma concepção subjetivista da prova, de acordo com a qual a *prova* (resultado) corresponde ao convencimento do julgador acerca da veracidade da hipótese respectiva, a *resposta haveria de ser negativa*: a prova, nesse sentido, seria algo que ocorreria apenas ao final, no momento da sentença; ao contrário, assumindo uma concepção racionalista da prova, absorvida pelo garantismo processual, a qual desvincula a ideia de *estar provado* da ideia de *estar convencido*, exigir que algo seja provado corresponde a exigir razões suficientes a seu favor.

Assim, como aquilo que pode ser objeto de prova, e que pode ser, ou não, admitido como provado, é sempre uma hipótese (**H**) – um enunciado fático juridicamente relevante –, há que se verificar qual hipótese deve ser submetida à *prova* (atividade), para se verificar o cumprimento da exigência do *fumus comissi delicti* e legitimar a decretação e/ou manutenção da PP.

Já uma primeira abordagem, não parece haver dúvidas que, na pendência do processo de partes ou mesmo na pendência do juízo de admissibilidade da denúncia, a hipótese que deve receber o suporte exigido pelo artigo 312 é a própria hipótese acusatória; não haveria qualquer sentido em estar o indivíduo sendo processado por **H<sub>x</sub>** e ter sua prisão decretada porque há como vinculá-lo a **H<sub>y</sub>**, objeto de outro processo ou de outra investigação<sup>21</sup>.

FERRUA (2018: 121) defende que a hipótese, que, admitida como provada, legitimaria a PP, não seria propriamente a hipótese acusatória, mas a «prognose de que a hipótese acusatória será admitida como provada na sentença final», todavia, ainda que referido entendimento se harmonize com a ideia há pouco defendida – de que a exigência do *fumus comissi delicti*, enquanto tutela precaucional da liberdade, visa limitar a decretação de prisões em processos que redundarão em (quadros probatórios que imponham) absolvições –, admitir uma hipótese prognóstica demandaria elementos empíricos que indicassem as chances de uma condenação futura, o que importaria uma especulação sobre qual seria a linha defensiva a ser adotada pelo acusado, sobre as chances de que aquilo que se documentou na investigação se confirmar em juízo, sobre novas provas que poderão ser aportadas

21 STJ, vide nota 9, supra.

ao processo etc, o que parece impensável se se pretende um modelo minimamente concretizável na praxe; tanto é que FERRUA (2018, 123), meio que se desdizendo, acaba por reconhecer que não haveria mesmo diferença – sobretudo prática – se se reconhecesse que a hipótese que deve ser admitida como provada é a própria hipótese acusatória.

Ademais, nem a ideia da hipótese prognóstica parece ter sido absorvida pelo legislador, nem há como afirmar que a exigência de razões suficientes para a admitir como provada a própria hipótese acusatória não cumpriria bem a finalidade do sistema: alcançar uma *ratio* de PPSA adequada ao prestígio conferido ao direito à liberdade.

Isso, todavia, não impede se reconheça que, ante um quadro se faça clara a impossibilidade de conformação de quadro probatório que legitime a condenação – p. ex. o acusador apresenta testemunhos documentados que suportem a autoria, mas não requer na denúncia a produção da prova testemunhal respectiva (CPP-155) –, se deveria indeferir a PP, o que se faria apesar de eventualmente configurado o *fumus comissi delicti*.

#### 4.2 O princípio acusatório e os critérios para formulação de uma acusação válida

Se alguém tem que demonstrar que ocorreu um *crime* – entendido como um evento único do mundo empírico –, teria antes que saber dizer a que *crime* está se referindo. É certo que essa imposição lógica não teria a aptidão para projetar requisitos para a descrição da hipótese (**H**) que se submeterá à *prova*, notadamente relacionados ao seu grau de particularização ou de individualização, não sendo também possível extraí-los apenas das ideias de *prova da materialidade* e *indícios de autoria*, já que é possível falar-se na prova de uma hipótese fática com algum grau de abstração, algo como «João já matou alguém». Todavia, tratando-se da persecução penal que se opera num marco democrático e que, portanto, se estrutura segundo o princípio acusatório, quando se fala em prova de um crime, deve-se falar na prova de uma conduta hipotetizada (**H**), devidamente individualizada, da qual foi depurada qualquer ambiguidade relevante.

Isso porque o acusatório pressupõe dois eixos dos quais a persecução penal não pode se afastar: *a*) a separação das funções de acusar e julgar e *b*) a paridade de armas (ou a impossibilidade de uma *superparte*). Sem o respeito a esses dois princípios estruturais, o acusado não seria sujeito da persecução, mas mero objeto dela, algo incompatível com a própria dignidade humana.

Assim, o acusador jamais poderia contar com a ajuda do Estado-jurisdição na construção da hipótese acusatória. Não se pode admitir que aquele requeira a

prisão preventiva porque entende  $H_A$  apoiada nos elementos de convicção aportados e o juiz a defira por entender que  $H_j$  é que estaria corroborada pelos referidos elementos. Pela mesma razão, não se pode também cogitar que o acusador poderia descrever uma hipótese sem lhe dar concretude suficiente, deixando-a ambígua –  $H_{1-10}$  – para que o juiz defina qual de suas possíveis versões respaldaria a prisão ( $H_1, H_2, H_3, \dots$  ou  $H_{10}$ ), isso porque eventual ambiguidade dará margem à complementação da imputação, pelo julgador, que (em alguma medida) terminaria “assumindo” a função de acusar.

Tal incompatibilidade se operaria ainda que a prisão seja requerida no âmbito da investigação, perante o «juiz de garantias», uma vez que referido modelo exige um magistrado terceiro, alheio à investigação: a figura do juiz instrutor não se adequa à ordem jurídico-constitucional brasileira: um Estado de Direito(s Fundamentais) não se compatibiliza com um modelo de “juiz investigador” ou de um “juiz controlador do princípio da obrigatoriedade da persecução penal”, preocupado em evitar uma eventual deficiência na concretização da tutela penal; o «juiz de garantias» é sobretudo um juiz das liberdades, de sorte que a tutela dos interesses da sociedade e da vítima deve se dar no âmbito da própria estrutura do órgão acusador – ou mediante a participação desta última no processo, como assistente da acusação, jamais através de uma atuação de ofício do juiz do caso.

Enfim, o juiz responsável por definir se o acusado aguardará o julgamento preso ou em liberdade não poderá de forma alguma agir com o propósito de *compensar* alguma deficiência da acusação ou investigação.

Caso o juiz que decidirá sobre a prisão seja o mesmo do processo de partes (o juiz que proferirá a sentença), com muito mais razão, o *fumus comissi delicti* teria que se referir a uma hipótese que preenchesse todos os requisitos para uma acusação válida, quer porque o princípio acusatório o impõe, quer porque, como se viu há pouco (1.2), há que se viabilizar a ampla defesa logo após a decretação/efetivação da prisão, sendo certo que tanto a eventual imprecisão ou ambiguidade da acusação configura um obstáculo à ampla defesa: *defender-se exatamente de que* (VILAR, 1988: 39).

Assim, se se pretende uma *prisão que dure até a prolação da sentença*, o Estado-acusação deve dirigir-se ao Estado-jurisdicção, e, na condição de parte requerente, deve submeter-se ao ônus não só de provar, mas também de formular validamente a hipótese objeto da prova.

Vale registrar que os critérios legitimadores (da formalização) da acusação, ou seja, os critérios que devem condicionar a construção da hipótese que será submetida à prova, ainda padecem de um baixíssimo desenvolvimento por parte da doutrina brasileira, que se resume a defender a necessidade de uma descrição ou

uma narração circunstanciada, reportando-se na maior parte das vezes ao verso de Quintiliano<sup>22</sup>.

Aqui não se suprirá essa lacuna, porquanto imergir numa teoria/técnica da acusação seria algo incompatível com o presente trabalho; todavia, pode-se traçar o que poderia ser visto como as suas balizas mais básicas.

Primeiro, por mais óbvio que isso pareça, a acusação formalizada deve consistir numa *imputação*, na atribuição de uma determinada conduta à esfera de responsabilidade de alguém. A formalização da acusação materializa ato de vontade institucional – e não mero ato de inteligência –, consubstanciada na *decisão de acusar*, daí porque não pode configurar-se num conjunto de narrativas ou descrições de fatos, para que o leitor da peça acusatória alcance suas próprias conclusões e “assuma” a imputação. A acusação formalizada deve valer-se de uma fórmula linguística clara e direta que deixe explícita a imputação<sup>23</sup>.

Segundo, a descrição de todas as circunstâncias relevantes deve ser assumida pelo acusador, não sendo possível imputar a alguém um fato não absorvido no texto da acusação formalizada, mediante a remissão a documentos, relatórios etc. Essa exigência pode ser extraída da própria literalidade da lei processual penal: CPP-41 – “A denúncia (ou queixa) conterá a exposição do fato criminoso, com todas as suas circunstâncias (...)” e CPP-383 – “O juiz, sem modificar a descrição do fato contida na denúncia ou queixa, poderá atribuir-lhe definição jurídica diversa, ainda que, em consequência, tenha de aplicar pena mais grave. (...)”<sup>24</sup>.

Terceiro, a descrição deve ter depuradas todas as ambiguidades possíveis, impedindo que seu objeto sofra qualquer tipo de mutação no decorrer do processo<sup>25</sup>.

Quarto, a descrição deve levar a um juízo positivo de tipicidade (e a um juízo negativo em relação à configuração de qualquer causa excludente), perfectibilizando a norma incriminadora em cada um dos seus elementos. A hipótese acu-

22 *Quis, quid, ubi, quibus auxiliis, cur, quomodo, quando?*

23 URBANO MARTINEZ (2013: 126), referindo-se à praxe judicial colombiana, registra que é comum acusações viciadas, que se perdem em descrever o iter investigativo e chegam por vezes a não conter imputação fática alguma.

24 O Código de Processo Penal Português tem disposição ainda mais detalhada: Artigo 283. 3 – “A acusação contém, sob pena de nulidade: (...) b) A narração, ainda que sintética, dos factos que fundamentam a aplicação ao arguido de uma pena ou de uma medida de segurança, incluindo, se possível, o lugar, o tempo e a motivação da sua prática, o grau de participação que o agente neles teve e quaisquer circunstâncias relevantes para a determinação da sanção que lhe deve ser aplicada; (...)”. A Jurisprudência do Tribunal Constitucional Português é bastante elucidativa: “não cabia no conceito de alteração de fatos descritos na pronúncia (ou acusação), à luz das relações entre estas e a sentença, a inclusão, entre os fatos dados como provados no acórdão condenatório, de fatos e elementos eventualmente constantes ou decorrentes dos relatórios periciais ou de outros documentos, mas não especificamente descritos na pronúncia (ou acusação)” (TC Português - 674/99).

25 ROSA (2020: 580) traz um exemplo de imputação que, na realidade, permitiria a acomodação de uma diversidade de hipóteses mais concretas.

satória é, na realidade, uma justaposição de hipóteses (ou *probandas* penúltimas), correspondendo estas a cada um dos elementos descritivos, subjetivos e normativos do tipo penal, além da hipótese de que o acusado é autor ou participe da ação.

Quinto, a descrição deve respeitar as regras da lógica formal e deve levar à compreensão do raciocínio desenvolvido pelo acusador, notadamente quando estabelece as relações causais, de sorte que a identificação de saltos lógicos gera a sua invalidade.

Nesse sentido, vale registrar que, por vezes, a só descrição (ou narrativa) pode ser insuficiente para retirar o arbítrio na adoção de conclusões acerca da relevância penal de uma conduta ou circunstância – como a configuração de um determinado elemento psicológico ou normativo do tipo penal –, o que pode reclamar do acusador um *argumento*, marcado por uma inferência, que, por sua vez, reclama outros fatos sem relevância penal e que, para que se exclua o arbítrio na admissão de circunstâncias não captáveis por uma experiência meramente empírica, precisam também constar da acusação formalizada (LOPES JR., 2023: 108). Tenta-se explicar.

É certo que o elemento psicológico na maioria das vezes sobressai da descrição da própria conduta objetiva – p. ex. «João disparou 3 tiros em direção ao peito de José, atingindo-o, causando-lhe a morte» –, que autorizaria concluir pela presença do dolo, porquanto quem assim o faz (normalmente) o faz com a intenção de matar. Porém, existem descrições objetivas que não fazem emergir o elemento anímico e a consciência acerca dos elementos do tipo, como, p. ex., «Pedro se utilizou de três cédulas falsas de R\$50,00, para o pagamento de suas compras no mercadinho de Paulo». Referida descrição, ao contrário da anterior, não faz sobressair a adequação ao chamado tipo subjetivo, já que se compatibiliza com as figuras de Pedro-autor e Pedro-vítima do crime de moeda falsa, sendo arbitrário afirmar que quem insere moeda falsa em circulação (normalmente) o faz sabendo que é falsa; ou seja, nesse caso, para depurar o arbítrio da imputação, seria necessário um argumento capaz de justificar a conclusão do acusador de que Pedro agiu sabendo que se tratava de moeda falsa.

Em síntese, pode-se dizer que a exigência do *fumus comissi delicti* traz embutida a exigência de uma imputação validamente formulada, capaz de depurar qualquer ambiguidade e arbítrio por parte daquele que se dirige ao Estado-juiz para requerer a prisão do acusado por todo o curso do processo, mesmo que o legislador não tenha expressamente exigido a formalização da acusação.

## 5. O modelo (segue): a valoração do apoio empírico da hipótese acusatória

### 5.1 O *fumus comissi delicti* como maximização da racionalidade decisória: uma concessão à chamada «doutrina da confiança epistêmica»

O ordenamento jurídico brasileiro, notadamente em uma abordagem garantista, incorpora os postulados da concepção racionalista da prova: a) é possível o conhecimento da realidade empírica; b) referido conhecimento é essencial para a justiça de qualquer decisão; c) ante às limitações cognitivas inerentes ao ser humano, esse conhecimento sempre carregará algum risco de erro; d) é possível alcançar um baixo risco de erro e, sobretudo, saber se um determinado risco de erro é adequado a uma determinada finalidade.

Considerando que a hipótese que legitimaria a prisão versa sempre sobre uma realidade empírica, as razões de aceitação mais apropriadas seriam as epistêmicas, ou seja, os critérios indicativos do que é verdadeiro (DEI VECCHI, 2020b: 49), já que não há como negar que o caminho que viabiliza o menor risco de erro associado ao conhecimento é aquele fornecido pela Epistemologia e pela Ciência; daí porque o modelo de contenção do arbítrio decisório na definição dos requisitos da prisão deve fazer uma concessão à chamada «doutrina da confiança epistêmica» (STEIN, 2005: 113), o que dispensaria maiores preocupações com a edição ou interpretação de regras jurídicas, para disciplinar o conhecimento inerente à atividade probatória.

Buscando uma síntese do que corresponderia essa incorporação da «confiança epistêmica», pode-se defender que a admissão, como provada, da *materialidade* e da *autoria* de um crime exigiria razões que as corroborem ou que as suportem; referidas razões devem ser objetivas, ou seja, intersubjetiváveis mediante um discurso capaz de gerar (alg)um consenso; enfim, antes de qualquer coisa deve-se buscar impedir que a tomada de decisão decorra preponderantemente de meras impressões, sensações ou intuições do julgador.

Além de respeitarem as regras da lógica, essas razões acreditadoras devem ser compatíveis com o conhecimento atualizado de mundo – sobre como este funciona, sobre como as coisas se relacionam causalmente –, ou seja, devem ser depurados os mitos, os preconceitos, as superstições e os “achismos” do decisor. Isso impõe que a tomada de decisão respectiva deve operar-se conscientemente, em um processo em que emergja transparente a relação entre o enunciado fático sob o qual não pesa qualquer controvérsia – v. g., «a testemunha disse em audiência que viu João protagonizando a conduta X» – e aquele que a admissão é controvertida – «João praticou a conduta X» – e que deveria ser admitido, ou não, com base numa inferência garantida pelo conhecimento de mundo validado: algo como «dado que se tem A, porque G, provavelmente se tem B».

A expressão e a aferição da força dessas razões acreditadoras (ou da medida do risco de erro que carregam) deve se dar segundo a chamada *probabilidade lógica* ou *baconiana*, que opera em um esquema de raciocínio abduutivo, consistente na busca e alinhamento de hipóteses que poderiam explicar a existência das informações (enunciados) já conhecidos, o que exige do julgador, uma abordagem retrospectiva, partindo do que se dispõe (da prova) para as hipóteses sob admissão e não o contrário.

De forma bem resumida, o que se defende é que a definição da presença do *fumus comissi delicti* não pode se dar com base no “senso comum”, entendido como a forma de cognição natural, inerente ao cotidiano dos indivíduos, exigindo a ordem jurídica uma postura crítica do decisor, um determinado método e o respeito ao conhecimento de mundo validado pela Ciência.

Registre-se, todavia, que a defesa da concessão à doutrina da confiança epistêmica não pode implicar a adesão a uma ideia radical de «prova livre»<sup>26</sup>, isso porque a correção material (ou a adequação do risco de erro) de uma dada decisão probatória considerada isoladamente não é o único valor merecedor de tutela.

O risco associado ao resultado cumulado do Sistema de Justiça também é digno de proteção, sendo possível que, em dadas situações, se tenha que abrir mão de maximizar as chances de correção de uma decisão probatória abstratamente considerada, para maximizar as chances de correção de uma série de decisões, dadas as condições concretas em que serão proferidas, como a qualidade do conjunto probatório e do julgador disponíveis, o tempo que se dispõe para o julgamento etc. Nesse sentido: SCHAUER, 2008: 295-305. Para STEIN (2005: 113), a “prova livre” apenas seria plausível numa situação em que a averiguação dos fatos também pudesse ser livre.

Deve-se considerar, ainda, que é normal uma considerável assimetria entre as consequências práticas da admissão e da rejeição errôneas de uma dada hipótese, o que também poderá convocar a intromissão de regras voltadas a distribuir o risco de erro de uma forma mais adequada aos valores tutelados pela ordem jurídica.<sup>27</sup>

26 Na sua visão mais radical (“benthaniana”), a prova livre pode ser compreendida como a que asseguraria (i) o livre acesso à informação, entendida como a ausência de regras que excluem provas; (ii) a livre valoração da prova, ou seja a ausência de regras formais de condicionem a aferição da sua força de determinados itens de prova; (iii) liberdade de decidir, ou seja ausência de regras que condicionem o dar por provado, como regras de ônus ou standards de suficiência; (iv) a ausência de controle hierárquico sobre o juízo fático-probatório (TWINING, William, 1997: 448-449).

27 Considerando apenas o modelo teórico, essa redistribuição do risco de erro pode ser associada à instituição de níveis de suficiência probatório; todavia, quando se leva em conta as deficiências de um dado sistema que opera em concreto, a realocação do risco de erro poderá se operar pela supressão de uma determinada categoria de prova ou pela limitação de seu valor. Nesse sentido: STEIN, 2005. Em sentido contrário: HAMER, 2007: 327. Referido contraponto, entretanto, parece partir de premissa equivocada, na medida em que a (re) alocação do risco de erro não corresponde à transferência de uma “quantidade” de risco de um lado para o



Assim, levando em conta a “para quê” da exigência do *fumus comissi delicti*, tem-se que os critérios que balizaram a decisão respectiva devem contemplar essa dupla perspectiva, (i) indicando, caso a caso, se a prova aportada pelo acusador é suficiente para concretizar o direito à liberdade daquele que se quer prender por todo o curso do processo, (ii) e viabilizar um resultado cumulado do sistema de justiça criminal que respeite a *ratio* (entre as PPSA e o total de prisões preventivas) adequada ao prestígio conferido pela ordem jurídica ao direito à liberdade física.

Por fim, necessário mencionar que outros valores também mercedores de tutela – como a presunção de inocência, *nemo tenetur se detegere*<sup>28</sup> e o contraditório<sup>29</sup> – poderiam legitimar exceções à «prova livre»<sup>30</sup>.

Assim, deve-se assumir que a definição do *fumus boni iuris* deverá ser epistemicamente orientada, sem prejuízo de, como base em razões legítimas, serem consideradas imposições “artificiais” provindas de normas jurídicas funcionalizadas a amparar um valor relevante<sup>31</sup>.

## 5.2 A exigência de «ostensão probatória»: o *fumus comissi delicti* enquanto «evidência»

Se algo deve ser admitido como provado num processo judicial, faz-se necessário aportar alguma prova enquanto elemento empírico<sup>32</sup>, algo que se submeta à experiência sensorial do decisor, algo que se veja, que se ouça, se toque.

Por maior que seja a plausibilidade, verossimilhança<sup>33</sup> ou factibilidade de uma hipótese, esta não poderá ser admitida como provada se não foi apresentado algum documento, vídeo, testemunha, que forneça ou se converta em razões favoráveis à mesma. A prova (elemento de), assim, deve ser vista como o elemento

---

outro; nesse *trade-off* certamente haverá alguma perda e isso pode ser um preço que se tenha que pagar para impedir as lesões mais graves aos bens jurídicos mais importantes.

28 P. ex. ainda que uma postura de recalcitrância do réu em relação a uma determinada diligência probatória possa ser considerada uma razão epistêmica forte em favor de sua culpa, ela deve ser descartada como tal.

29 Por vezes, pode ser necessário ter que forçar o órgão acusador a optar por um meio de prova que viabilize um melhor controle pelo acusado, o que legitima, em determinadas ocasiões, a supressão ou limitação do valor probatório de um determinado meio. Nesse sentido: BRAGA DAMASCENO, 2021: 144.

30 TWINING, 1997: 463.

31 P. ex.: THAYER, 1998. 530.

32 “Evidence, by its very definition, is something that attests to the existence of something else. Witness accounts, documents, and things (i. e., ‘real’ and a ‘demonstrative’ evidence) would thus be more accurately described as ‘evidential sources’. Every evidential source carries an assertive content. This alone, however, does not transform this source into evidence. What transforms an evidential source into evidence is an argument which goes beyond the assertive content of the source.” (STEIN, 1996, 307).

33 “Aliás, a insuficiência da verossimilhança para a admissão, como provada, de uma hipótese qualquer, é extraída do próprio direito positivo, mais especificamente do artigo 6º, VIII, do Código de Defesa do Consumidor, que exige a verossimilhança da alegação do consumidor como condição para a inversão do ônus da prova; ou seja, a verossimilhança ao fim e ao cabo legitimaria a admissão da hipótese do consumidor quando decretada a inescurecimento, ou seja, quando justamente se reconhecer o «fato não provado».” (BRAGA DAMASCENO, 2023a: 130).

empírico que propicie o alicerce para a construção da cadeia de razões acreditadoras<sup>34</sup>.

O *fumus comissi delicti*, assim, pode ser compreendido como a “existência de sinais externos, com suporte fático real, extraídos dos autos 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 consequências apresentam como responsável um sujeito concreto” (LOPES JR, 2023: 106).

Embora numa primeira análise isso possa parecer uma obviedade, a exigência da chamada ostensão probatória implica a exigência de um método para a tomada da decisão, que principie com a análise e interpretação da prova e com a admissão daquilo que se poderia chamar de *evidência* (ou *enunciado evidencial*) ou seja aquilo que o decisor (crê que) ouviu, viu etc.

Essa necessidade de maior “transparência” tem a aptidão para conter a *evidência*, que tende a se expandir, ou, nas palavras de Fernando GIL (2002: 17 e ss), tem a capacidade de corrigir o *caráter alucinatório da evidência*; além disso viabiliza critérios mais objetivos para divisar os vícios decisórios que poderiam ser objeto de determinadas espécies de controle como o cassacional, via RESP, ou o controle via habeas corpus.

### 5.3 A passeidade enquanto critério para “ancorar” a hipótese acusatória: o *fumus comissi delicti* como vestígio do crime

Se se faz necessário estabelecer uma relação entre o enunciado que se reporta ao passado e a evidência (ou enunciado evidencial), impõem-se indagar qual seria a natureza dessa relação. Considerando que a ordem jurídica admite que é possível uma espécie de reconstrução ou resgate analógico do passado e que a hipótese submetida à prova corresponde a um evento único, individualizado, um elemento de prova teria que se conformar como um vestígio, como aquilo que sobrou de um determinado evento do passado e que pode viabilizar essa retros-

34 “An item of evidence can be either a tangible item or a testimonial assertion.” (ANDERSON; SCHUM & TWINING, 2005, 63-67). Essa ideia equivale ao que Tuzet chama de ostensão probatória: “Ahora bien, el discurso probatorio tal como lo desarrollan las partes en una disputa puede ser caracterizado significativamente por medio del uso de demostrativos indexicales. “He aquí el objeto hallado”; “esa es la fotografía que fue tomada”; “escuchen esta declaración ...”; “observen esta carta ...”: estos constituyen ejemplos simples de lo que estamos poniendo bajo consideración, esto es, enunciados indexicales probatorios llevados a cabo con la *ostensión* del elemento relevante. (TUZET, 2020, 165). Mais adiante, o autor conclui que na prova judicial a ostensão é exigida, salvo em relação às provas estatísticas, *verbis*: “La tesis de la *ostensión*, en cambio, es verdadera respecto de muchos tipos de prueba, pero no universalmente verdadera respecto de la prueba jurídica, ni de la prueba en general. Como dije al inicio del texto, la determinación jurídica de los hechos requiere típicamente algún acto ostensivo. La tesis de la *ostensión* es sintéticamente verdadera respecto de algunas subcategorías típicas de lo que denominamos “pruebas” y es probablemente falsa alguna de ellas. Es verdadera respecto de la prueba material e incluso frente al testimonio, pero es probablemente falsa frente a la prueba estadística (o, por lo menos, no es verdadera respecto de ella en el mismo sentido)” (Idem, p. 173).

peçção<sup>35</sup>, o que implica que a relação entre a evidência (ou enunciado evidencial) e a hipótese sob acreditação deve considerar essa relação de causalidade entre o dito evento e aquilo que dele teria decorrido e remanescido até o exame pelo julgador<sup>36</sup>.

A ordem jurídico-processual brasileira, ao estabelecer os meios de prova (típicos) não só reconhece a pessoa ou coisa que, de alguma forma, restaram marcadas pelo evento do passado, mas também determinados elementos empíricos que correspondem ao registro ou espelhamento do vestígio ou da coisa sensibilizada – vestígios de segunda mão ou artificiais<sup>37</sup> –, o que abrange também a chamada prova digital<sup>38</sup>.

A admissão dessa “epistemologia da passeidade” (KHALED JR., 2019: 329) como guia para a valoração da prova incorporada ao processo, faz emergir o problema da compatibilização da prova por indícios<sup>39</sup> com a ordem jurídica, na medida em que esta implica que se estaria tratando de (reflexos documentais de) vestígios do evento X, indício, e não do evento Y, que consubstanciaria a *probanda* sob acreditação.

35 “Así pues, a diferencia de las ciencias «nomotéticas», cuya finalidad es el descubrimiento de leyes generales, las actividades del historiador, del juez y del detective son «ideográficas», porque se enderezan a la averiguación (y comprensión) de sucesos particulares del pasado. (GASCÓN ABELLÁN, 2010: 105-106). “Si tomamos en cuenta, no obstante, la ratio de esa analogía, creo que puede explorarse algún otro camino interesante. En mi opinión, es central aquí el carácter de ciencia ideográfica que comparten tanto la actividad de determinación judicial de los hechos como la historiografía. Y también, como me propongo mostrar, la clínica diagnóstica.”. (FERRER BELTRAN, 2007: 49). Assim também: DELLEPIANE, 2004: 27 e ss. No Brasil, SCHMITZ, 2020: 283.

36 “... a verdade dessas proposições pode ser enunciada somente pelos “efeitos” produzidos, quer dizer, os “sinais do passado” (*pastness*) ... “[...] a totalidade de tais efeitos constitui de maneira bastante óbvia todo o projeto cognoscível”; “o passado vem constituído através da correta interpretação de um dado que inclui determinados caracteres que são signos da qualidade de passado” (ibidem); “[...] evidentemente, certos signos identificáveis devem significar a qualidade de passado da coisa apresentada, de outra forma o passado não poderia se distinguir do presente” (...).” (FERRAJOLI, 2002, p. 43-44). No mesmo sentido, Gascón: “En la investigación «ideográfica» en general y en la judicial en particular se debe reconstruir un pasado desaparecido, y para hacerlo sólo se puede recurrir a hechos del presente que constituyen las huellas de aquel pasado (los enunciados probatorios o indicios); es decir que el juez, como el historiador, tiene que examinar los vestigios y testimonios existentes para determinar su valor como elementos de juicio del pasado que investiga.”. (GASCÓN, 2010: 106-107). Salah Khaled, em seus trabalhos de mestrado e doutorado, desenvolve essa ideia de passeidade (*pastness*) como uma espécie de contenção (metodológica) do conceito de prova judicial (KHALED JR, 2016: 303 e ss.; KHALED JR., 2019: 114 e ss).

37 MONTERO AROCA (2008, 50) utiliza o termo *reflexos documentais*.

38 O termo vestígio digital ou vestígio cibernético é usado na computação forense: “[...] a Computação Forense é a ramificação da Criminalística que tem como objetivo a análise de *vestigios cibernéticos*, englobando os elementos que os orbitam ... em um local de crime convencional, um vestígio pode significar um instrumento deixado no ambiente ou um fio de cabelo. Na informática, no entanto, os vestígios são digitais – zeros e uns –, que poderão representar os mais diversos tipos de informação, como conversas online, histórico de navegação e programas maliciosos (JESUS, 2016. 2 – 10). Também: NERES, 2021.

39 Segundo o artigo 239 do Código de Processo Penal, “considera-se indício a circunstância conhecida e provada, que, tendo relação com o fato, autorize, por indução, concluir-se a existência de outra ou outras circunstâncias”. O termo indício é utilizado pela doutrina para se referir tanto ao evento do passado que se quer “resgatar” como à sua idealização (ao enunciado fático correspondente), assim, p. ex., Maria Thereza Moura, que em seu conceito, usa as duas acepções: “Podemos agora expor, por inteiro, a nossa compreensão de indício. Indício é todo o rastro, vestígio, sinal e, em geral, todo fato conhecido, devidamente provado, suscetível de conduzir ao conhecimento de um fato desconhecido, a ele relacionado, por meio de um raciocínio indutivo-dedutivo. É imperativo que o *factum probans* esteja completamente provado, conhecido, indubitado, para poder revelar o *factum probandum*. Caso contrário, a inferência não poderá ser estabelecida.” (MOURA, 2001. p. 41).

Registre-se que se considera superada a ideia de que a prova por indício é uma prova de segunda categoria, sendo tranquilo aceitar sua aptidão para fornecer uma corroboração tão ou mais segura, com igual ou menor risco de erro, que a chamada prova direta<sup>40</sup>. O que se deve é apenas perquirir quando a admissão da prova por indícios será adequada a essa racionalidade e quando a violaria, gerando uma admissão do *fumus commissi delicti* sem provas, ilegítima, portanto. Em outras palavras, deve-se perquirir o critério que autorizaria “passar” de X para Y, ou admitir o enunciado  $H_Y$  com base no enunciado  $H_X$ .

Registre-se, de logo, a impossibilidade de uma disciplina mais objetiva, capaz de projetar uma adequada contenção do arbítrio, todavia pode-se traçar algumas diretrizes teóricas.

O indício único, a princípio, violaria a ideia de passeidade<sup>41</sup>, porquanto a passagem de X para Y dar-se-ia apenas por uma associação abstrata entre as categorias (ou classes) em que cada um se enquadra; ou seja, o critério definidor da admissão de Y (com base em X) terminaria dependendo de um juízo abstrato sobre a “força” da associação entre duas categorias, sem conexão com a realidade individualizada.

*A fortiori*, o indício único restaria proscrito quando a própria ordem jurídica confere tratamento diverso a X e a Y, cominando-lhes consequências distintas, isso porque, se o legislador distinguiu as categorias X e Y, não pode o decisor simplesmente igualá-las.

A exigência de multiplicidade de indícios, ao contrário, teria a aptidão para livrar-se da dependência da associação entre duas classes de fatos, na medida em que essa seria reforçada pelo apoio conferido por outro indício, que se basearia numa associação diversa.

40 A abordagem histórica feita por Damaska desperta a atenção para o fato de que, na realidade, a grande diferença entre a prova direta e a prova indireta é que, em caso de erro, tratando-se daquela, o julgador teria em quem colocar a culpa, e, no caso desta (indireta), não. Ou seja, talvez um maior preconceito com a prova indireta tenha essa origem: a necessidade de proteção da alma do julgador. *In verbis*: “Where death or mutilation is at stake, they insisted, proof of guilt should be “clearer than the midday sun,” and this illumination can be provided only by direct evidence. In addition to some biblical sources and Roman law passages, support for this position emanated from the now-familiar anxiety about the safety of the judge’s soul. If he were permitted to impose irreparable blood punishment on the basis of mistaken inferences from circumstantial evidence, his pilgrimage to heaven could be compromised. But if he based the blood sanction on the testimony of eyewitnesses and their evidence was false, the responsibility for the execution or mutilation of innocent persons would shift from him onto them.” (DAMASKA, 2019, 82).

41 “A necessidade de verificações ou confirmações foi reconhecida por um escrito de Sétimo Severo, inclusive para a confissão: “Confessiones reorum pro exploratis facinoribus haberi non oportere... Se quis ultro de maleficio fateatur, non semper ei fides habenda est: nonnunquam enim aut metu, aut qua alia de causa in se confitentur” (D. 48.18.1.17 e 27). Por sua vez, tem ocorrido de tal princípio epistemológico ser negado por nossa cassação: “O juiz pode basear sua própria convicção, inclusive, no único indício, prescindindo da coordenação com outros elementos, contanto que o fato ignorado, que se tem que provar, se situe como o único logicamente consequente e correlativo com o fato conhecido” (Cass., seção IV, 08.07.1967, in Cassazione penale. Massimario annotato, 1968, p. 1318). (FERRAJOLI, 2002, p. 155).

Outrossim, essa ideia de *passividade* também pode incompatibilizar-se com a chamada *prova atípica*, que seria admitida mesmo no processo penal (BADARÓ, 2019: 344) ao argumento de que o direito à prova, que também se estenderia ao órgão acusador, não poderia depender da expressa previsão pelo legislador do respectivo meio (LOPES, 2010, p. 390-391).

De logo se vê que a maioria das chamadas *provas atípicas*<sup>42</sup> – relatos documentados de oficiais de justiça, declarações extrajudiciais documentadas; perícias extrajudiciais; notícias da mídia (LOPES, 2010: 397); a sentença – não violariam a ideia de prova como (reflexos documentais de) vestígios do fato que se quer reconstruir ou de fatos que podem servir de razões favoráveis à sua aceitação.

Já em relação à *conduta pessoal da parte* e à chamada *prova estatística*, necessárias algumas considerações.

Quanto à primeira, parece que a mesma poderia ser tratada como prova indiciária, o que tornaria difícil aceitar que, de forma isolada, respeitasse a ideia de *passividade*; ademais eventual atitude de não colaboração do acusado com a investigação/acusação – por razões de natureza ética – não poderia ser tomada como razão a favor da hipótese acusatória<sup>43</sup>.

No que diz com o uso da estatística, que poderia quantificar a factibilidade de uma dada hipótese, forçoso reconhecer que sozinha (*naked*) não supriria a exigência de prova enquanto (reflexo do) vestígio do fato respectivo; isso porque, por maior que seja a factibilidade de uma dada hipótese, não se poderia dispensar a exigência de elementos concretos especificamente relacionados ao evento sob reconstrução (FERRER BELTRAN, 2007: 108).

Por fim, vale registrar que, para além de se compatibilizar com essa racionalidade, um determinado elemento empírico só poderá suprir a “necessidade de prova” se o próprio ordenamento não lhe suprir essa aptidão. É que em determinadas situações, uma determinada prova pode ser validamente admitida no processo e fornecer corroboração à hipótese sob disputa, mas por disposição expressa da lei, não poderia, *sozinha*, servir de ponto de apoio de qualquer probanda, demandando um reforço proveniente de outro elemento de prova (*corroboration requirement*), como é o caso das declarações de réus (ou investigados) colaboradores<sup>44</sup>.

42 A maioria dos exemplos é fornecida por AMARAL (2017: 87 e ss).

43 Sobre o *nemo tenetur se detegere*: NARDELLI, 2015. Sobre o risco de sobrevalorização da chamada prova de caráter: ROBERTS & ZUCKERMAN, 2010: 581 e ss.; GARGALLO, 2008.

44 Lei 12.850/2013, artigo 4º, § 16: “Nenhuma das seguintes medidas será decretada ou proferida com fundamento apenas nas declarações do colaborador: 1 - medidas cautelares reais ou pessoais; ...”.

### 5.3 A exigência de razões que autorizem a preferência pela hipótese acusatória em quando comparada à sua antítese: o *fumus boni iuris* enquanto standard da preponderância

O modelo até agora esboçado apresenta critérios de contenção do arbítrio na admissão da hipótese acusatória e no reconhecimento da (in)existência do necessário suporte empírico; não diz nada ainda em relação à definição da suficiência das razões ali apoiadas para admitir, com a finalidade específica de prendê-lo por todo o curso do processo, que alguém é o autor (ou partícipe) do crime que conforma o objeto da persecução.

Deve-se, então, perquirir se o ordenamento jurídico brasileiro, de alguma forma, indica a “quantidade” de prova necessária para tanto ou se o nível de suficiência será definido pelo julgador caso a caso.<sup>45</sup>

A opção pelo chamado standard probatório externo (*decisional threshold*), veiculado na própria norma jurídica, justifica-se pela necessidade de se assegurar mais previsibilidade da decisão, impedindo um sistema que se concretize com um elevado grau de aleatoriedade ou seletividade. Já a definição sobre qual standard deverá ser adotado – mais ou menos exigente – equivale à priorização de um dos interesses sob disputa, equivalendo à alocação do risco do erro entre «falsos positivos» e «falsos negativos»<sup>46</sup>. Nesse sentido: BADARÓ, 2019: 249; PEIXOTO, 2021: 69; VASCONCELLOS, 2020: 19.

45 Ravi Peixoto enumera as funções de um standard probatório: “a) orientação dos sujeitos processuais; b) guia objetivo para a avaliação das provas (heurística) e c) distribuição dos riscos” (PEIXOTO, 2021: 69).

46 Sobre o assim chamado standard de prova, “sua função consiste em fixar o grau de corroboração suficiente para que uma hipótese seja considerada verdadeira.” (MATIDA & VEIRA, 2019: 5). Ainda: “entonces lo que se exige al juzgador de los hechos no es, estrictamente hablando, que determine si el acusado es culpable o es responsable, sino que – evitando las especulaciones, los caprichos, los prejuicios y, como lo expuso el Tercer Circuito, «las presuposiciones, las conjeturas, o las especulaciones» – determine si la culpabilidad del acusado o la responsabilidad del demandado ha sido establecida por las pruebas presentadas al grado exigido” (HAACK, 2013: 74). De outro lado, quem aborda o standard probatório sob a perspectiva da concepção subjetivista da prova, defende que sua finalidade primordial é viabilizar o controle sobre a decisão já tomada, através da motivação (ZOTTIS, 2022: 36). A definição sobre a viabilidade, a necessidade e conveniência de um modelo de prova com standards de probatórios; ou seja, com a definição (ou indicação), pelo Direito, de um ou mais níveis de suficiência, é algo longe de ser pacífico. São diversas as críticas. GONZÁLEZ LAGIER, p. ex., parte das ideias de distinção entre uma justificação pragmática e epistêmica, para defender que, à medida em que um standard imponha a aceitação de uma hipótese, como verdadeira, em contrariedade à crença do julgador, isso implicaria em renunciar o ideal de verdade (entendido como crença epistemologicamente justificada). *In verbis*: “En estos sistemas de libre valoración las razones para aceptar la hipótesis condenatoria son de dos tipos: por un lado, razones para creer (para reducir el error), que son los indicados por los criterios de valoración de la prueba; por otro lado, razones - si se quiere, de segundo nivel - para considerar suficiente el grado de certeza o justificación alcanzado, esto es, para aceptar. Estas razones de segundo nivel son de tipo práctico (relativas a cómo queremos distribuir el coste de las equivocaciones: en Derecho penal, por ejemplo, se asume que es más grave condenar a un inocente que absolver a un culpable, por lo que el grado de suficiencia exigido debe ser más elevado). Es decir, la hipótesis que se acepte debe estar epistemológicamente fundada, pero con un grado de justificación que ha de superar cierto umbral o reunir ciertos requisitos. Por ello es posible en los casos de valoración libre que el juez crea que la hipótesis es correcta, pero no la acepte (no supera el estándar de prueba), pero no puede ocurrir que el juez la acepte sin que existan razones para creerla (aunque de hecho el juez no la crea).” (2020: 90). Por outro lado, há quem faça uma defesa eloquente dos standards, como se estivesse ali o caminho para uma prova judicial desconectada da convicção do julgador, como é o caso de FERRER BELTRAN (2021).

No que toca à exigência de *fumus commissi delicti* para que se legitime a prisão preventiva, um maior ou menor nível de exigência probatória interferirá diretamente no balanço entre o número de PPSA e o total das PP<sup>47</sup> –, ou seja, indicará o quanto se prestigia o valor liberdade, de um lado, e os demais interesses tutelados pela persecução penal, de outro, conformando-se, portanto, numa escolha axiológica<sup>48</sup>, onde deveria preponderar o componente democrático.

Resta saber, então, se o ordenamento jurídico brasileiro adota o standard da *preponderância* – a exigência de razões epistêmicas que autorizam a preferência pela hipótese acusatória ( $H_A$ ) em detrimento da sua antítese ( $\neg H_A$ ) – ou se exige outro ainda mais rigoroso.

A doutrina, recorrendo à ideia de proporcionalidade, defende que o standard para a admissão da hipótese acusatória, para fins de legitimação da PP, deve ser mais exigente que aquele necessário para autorizar o início da ação penal, devendo ser alcançado aquele conhecido por *prova clara e convincente*.<sup>49</sup>

Argumenta-se basicamente que isso decorreria da maior danosidade da prisão preventiva, quando comparada, por exemplo, a uma decisão que resolve uma disputa de natureza patrimonial ou mesmo àquela que coloca o indivíduo na condição de réu (ou remete o caso para julgamento pelo júri ou para o juízo oral). Assim: ANDRADE, 2022: 224-225; FÉRRER BELTRAN, 2017: 122; CASTILLO ALVA, 2018: 177.

Sem olvidar que é razoável a associação do grau de exigência probatória com a consequência da admissão de **H** como provada, notadamente com a dimensão da injustiça a que equivaleria uma decisão errônea, uma análise mais detida impõe reconhecer que a proporcionalidade não exigiria uma gradação linear, bastando “degraus”, quiçá dois, para dois conjuntos de consequências diversos.

Entender que a proporcionalidade exigiria uma gradação linear entre danosidade da decisão errônea e o grau de exigência probatória implicaria a destruição da própria ideia de standard, já que seria o próprio julgador que, caso a caso, fixaria a quantidade de prova exigida após aferir as consequências concretas da decisão ainda não tomada, o que parece violar a própria lógica formal.

47 Não se menciona aqui a «não-prisão seguida de absolvição errônea» porque se está considerando apenas o acerto/erro inferencial e não o acerto/erro substancial (na terminologia de Ferrer), o que se faz pelas razões já expostas acima.

48 Para BADARÓ (2019: 249), “a adoção de um elevado standard de prova, normalmente indicado com a expressão “além da dúvida razoável”, é claramente uma escolha política. Isso porque opta-se, conscientemente, por privilegiar a manutenção do estado de inocência, e, em última análise, a liberdade. Se de um lado, o standard de prova é elevado e, de outro, todo o ônus da prova incide sobre a acusação, é de se concluir que haverá, na distribuição de erros, muito mais culpados absolvidos do que inocentes condenados”.

49 Preponderância da prova (*preponderance of the evidence*) ou prova mais provável que sua negação (*more probable than not*); prova clara e convincente (*clear and convincing evidence*); e prova além da dúvida razoável (*beyond a reasonable doubt*).

Em segundo lugar, a exigência cumulativa do *periculum libertatis* para legitimar a PP já faz frente à assimetria entre as consequências das duas espécies de decisão, não parecendo ferir a proporcionalidade a opção do legislador de “sujeitar à prisão preventiva quem tiver contra si instaurada validamente uma ação penal (ou seja, em desfavor de quem se conseguiu elementos de corroboração à hipótese acusatória suficientes a legitimar o início da *persecutio in iudicio*) e praticar determinadas condutas que exponham a instrução processual e/ou a aplicação da lei penal a um determinado risco”<sup>50</sup>. Nesse sentido: BADARÓ MASSENA, 2021: 1657).

Terceiro: deve-se considerar que o standard probatório, para cumprir as funções de conter o arbítrio decisório, conferindo segurança jurídica (previsibilidade) e concretizando o direito ao contraditório, deve ser o mais objetivo (intersubjetivável) possível, sendo forçoso reconhecer que o standard que se costuma propor para a admissão do *fumus comissi delicti* – a chamada *prova clara e convincente* – não cumpre essa função, posto que parece sinalizar apenas algo como uma maior exigência que o standard da *preponderância* e menor exigência que o standard exigido para uma condenação – o *além da dúvida razoável* (ADR). Nesse sentido, PEIXOTO (2021: 170): “*Clear and convincing evidence: o estandar probatório intermediário [...] consiste em uma alta probabilidade das hipóteses fáticas apresentadas, muito embora não possua uma definição minimamente precisa, sempre atuando como uma espécie de meio-termo entre a preponderância da prova e a prova acima de qualquer dúvida razoável*”.

ANDRADE (2022: 224-225) defende que diferença seria entre *muito mais provável* e *mais provável*: “nessa perspectiva, no que toca à prisão preventiva, tem-se que é aplicável o padrão da prova clara e convincente (*clear and convinving evidence*), que reclama que a hipótese acusatória seja muito mais provável do que sua negação (*much more like than not*), *standard* que, se fosse expresso em números, equivaleria a uma probabilidade de 70%. Claro que essa interpretação não é inflexível, porém parece lógico e coerente entender que para prender preventivamente é necessário mais do que o reclamado para dar início à ação penal”.

Assim, a ausência de um prognóstico de concretização satisfatória, com alguma previsibilidade, milita contra sua aceitação, já que, nesse quesito, parece trazer um elevado risco de incremento da seletividade; sua imprecisão funcionaria como um convite para acomodar a subjetividade do julgador. Em síntese, parece que a adoção do standard intermediário ainda dependeria de uma mínima garantia de que não funcionará apenas como uma (genuína) *preponderância* para um

50 TORTOSA (2008: 66) trata como natural que aquele que contra quem se logrou preencher os requisitos para uma acusação válida sofra medidas de coerção diretas caso gere perigo à efetividade do processo. Também DEI VECCHI, 2017, 201-202.



juiz autoconfiante em suas convicções ou um (genuíno) *além da dúvida razoável* aos olhos de um juiz mais inseguro (BRAGA DAMASCENO, 2023).

Em quarto lugar, agora pensando no resultado cumulado do sistema de justiça criminal, deve-se acrescentar que, mesmo que se admitisse que o standard mais rigoroso propiciaria uma *ratio* (entre o número de PPSA e o total de PP) mais adequada ao valor da liberdade de ir e vir, não se conhece qualquer base empírica que indicasse a proporção desse ganho e, conseqüentemente, assegurasse que valeria a pena pagar pelo ônus que acarreta: redução da proteção à tutela da efetividade da persecução e o incremento da aleatoriedade (ou, pior, da seletividade) do sistema de justiça criminal; isso porque a associação dos standards conhecidos – *preponderância, prova clara e convincente e além da dúvida razoável* – com a quantificação das chances de *acerto substancial* (correspondência com a realidade empírica) – a 50%+1; 70% e 95%, respectivamente<sup>51</sup> – não passa de um recurso didático<sup>52</sup>.

A análise de casos de condenações (comprovadamente) errôneas autoriza defender que o standard da *preponderância* tem um potencial protetivo elevado, já que praticamente a totalidade dos casos de erro conhecidos decorrem de má avaliação da prova e/ou do emprego equivocado do conhecimento de mundo utilizado como garantia da inferência probatória – ou seja, para quase a totalidade dos casos de erro, sequer o standard da *preponderância* foi efetivamente alcançado (GARRET, 2011).

Assim, considerando que a adoção do standard intermediário representa um custo, dever-se-ia ter ao menos uma mínima noção do ganho que o mesmo propicia<sup>53</sup>.

Em quinto lugar, a defesa do standard intermediário contraria a própria literalidade da lei, que, além de não trazer o qualquer sinal de que seria necessário, para a PP, um standard maior que aquele exigido pala a admissão da acusação,

51 Sobre a associação dos standards a riscos quantificados em percentuais, por todos: MATIDA & VIEIRA, 2019: 28.

52 Diego Dei Vecchi busca demonstrar a inconsistência da ideia de Larry Laudan de partir da quantificação do que se poderia chamar de um nível de culpabilidade aparente (nível de demonstrabilidade da culpa alcançado pela prova) (DEI VECCHI, 2020. p. 423). Para CORREA (2016: 25-26), “existe, sin embargo, la sospecha de que en la realidad la distribución de los errores en la fase probatoria no es un asunto que dependa, en términos fuertes, de la utilización de los EdP y, en consecuencia, de poco o nada sirven”. Para HAACK (2013: 80), “dado que la calidad de las pruebas tiene varias dimensiones diferentes (...) y que no hay forma de ordenar el relativo éxito o fracaso a través de estos diferentes factores, no hay garantía incluso de un orden lineal de los grados de aval”. No mesmo sentido: GONZÁLEZ LAGIER, 2020: 96. Registre-se que graduar o balanço entre os riscos de «falsos positivos» e de «falsos negativos» não configuraria um problema para a *preponderância* e para o ADR, justamente por corresponderem ao menor admitido e o maior possível.

53 A projeção do risco de erro de um determinado standard depende sobremaneira das condições de sua concretização – do ordenamento jurídico, do perfil e treinamento dos juizes, do tipo de crime etc. Santiago Eyherabide faz um estudo sobre a concretização do equivalente chileno do ADR e demonstra que esse acaba equivalendo ao que chamou à exigência de conformação de um «quadro probatório referência», um conjunto de provas categorizadas que, uma vez presentes, levam à condenação, que traz associado, como risco de erro não quantificado, aquilo que chamou de «contexto de desdicha», que equivaleria às situações em que, mesmo ante um «quadro probatório referência», o acusado é inocente. (EYHERABIDE. 2021).

usa a mesma fórmula linguística para, p. ex., decretar a inalienabilidade de bens imóveis do acusado (CPP-134).

Por último, deve-se ainda refletir que a *ratio* adequada ao prestígio que a liberdade mereceu na ordem jurídica não sofre interferência apenas da exigência relacionada à suficiência das razões autorizadoras, mas também dos critérios voltados a propiciar o conhecimento adequado às circunstâncias e valores que envolvem um processo criminal (critérios de valoração ou *assessment criteria*)<sup>54</sup>.

E é justamente em relação ao modo de conhecer que a cláusula do devido processo legal, acima abordada (1.2), impõe tratamento diverso para a verificação do *fumus commissi delicti* inerente à decretação (e, sobretudo, à manutenção) da prisão preventiva e à autorização para o início da ação penal, exigindo, para a primeira, um reforço daquilo que HOCK LAI (2008: 188 e ss.) chamou de standard de cuidado (*standard of caution*), que equivaleria à necessidade de um maior aprofundamento da cognição, devendo o decisor examinar e valorar *todos* os elementos de prova que integram o resultado da instrução realizada pelo investigador – e não só aqueles apontados pelo acusador – e de considerar com seriedade eventuais hipóteses levadas pelo acusado.<sup>55</sup>

Daí sobressairia o maior rigor para a decretação da PP, já que para admitir a acusação bastaria um contraditório limitado, escrito, sem a garantia de produção de prova, salvo a documental, dispensando uma reflexão sobre os elementos empíricos que acompanham a peça acusatória e que não foram mencionados pelo acusador ou defesa. BADARÓ MASSENA (2021: 1657) parece defender o mesmo quando, invocando Calamandrei, defende a ideia de uma verificação dos requisitos da prisão em “dois tempos”, inclusive com a possibilidade de produção de novas provas.

Referida exigência não sofreria da mesma imprecisão que se imputou ao standard probatório intermediário, justamente porque seu controle seria confiado à parte, via impugnação dos passos dados pelo julgador (interpretações da realidade que experimentou e inferências probatórias) e que entenda frágeis – lo-

54 A propósito do argumento da circularidade, Tuzet deixa claras as ideias de que os standards de prova não se confundem com os critérios de valoração, que as ideias de standard de suficiência e de critérios de valoração não dão origem a modelos excludentes e que há uma relação recíproca entre uma e outra. In verbis: “So, both assessment criteria and standards of proof are necessary components of legal decision-making about facts, and none of them is a sufficient condition of it.” (TUZET, 2020: 94). “It consists in the claim that there is a functional connection between assessment criteria and standards of proof. Because of that connection, one element can incorporate the other. (Idem, p. 107).

55 Em reforço dessa ideia, basta constatar que o Direito americano estabelece o mesmo standard – *probable cause* – para a detenção pela autoridade policial (*arrest*) e para a prisão preventiva (*detention pending trial*), parecendo óbvio que sua verificação num caso e noutro dar-se-á mediante cognições completamente distintas, às quais se associam riscos de erro diversos. (MILLER & MARTIN, 990: 417).

gicamente equivocados e/ou sem a devida garantia/ancoragem na realidade –, cabendo a este os devidos conhecimento e resposta<sup>56</sup>.

Assim, deve-se reconhecer que o standard probatório exigido pelo ordenamento para suprir a exigência do *fumus comissi delicti* e legitimar a prisão preventiva é mesmo o da *preponderância*; ou seja, o conjunto probatório resultante da investigação, integrado por eventual prova aportada pela defesa, deve, ao final, consubstanciar-se em razões escrutináveis que autorizem uma preferência pela hipótese acusatória em detrimento da sua antítese. Nesse sentido, LOPES JR, que, recorrendo a Carnelutti para diferenciar juízo de possibilidade (equivalência entre as razões positivas e negativas) e de juízo de probabilidade, defende a necessidade de um predomínio das razões positivas para se admitir a acusação na decisão que decreta/mantém a PP (2023: 107)<sup>57</sup>.

A comparação da prova amealhada perante o standard dar-se-ia de forma holística, mediante a análise das histórias (ou teorias) candidatas a explicação de todo o conjunto de evidências, histórias estas integradas pelas sub-histórias apoiadas diretamente em cada evidência estabelecida a partir do exame/interpretação de cada (elemento de) prova aportada ao processo, de modo a definir qual dessas histórias se sobressai como a melhor.

## 6 Conclusões

Entende-se que toda a argumentação desenvolvida no presente trabalho é capaz de sustentar as seguintes assertivas, trazidas agora a título de conclusões.

I) No marco de um Estado de Direito(s) fundamentais) como o Brasil, a exigência do *fumus comissi delicti* para que se legitime uma prisão preventiva justifica-se como uma tutela da própria liberdade de ir e vir, que restaria desprestigiada se a ordem jurídico-processual fosse indiferente ao resultado cumulado do sistema de justiça criminal marcado por um elevado número de prisões preventivas seguidas de (quadros probatórios que impusessem) absolvições.

II) Uma ordem jurídica que eleva a «liberdade de ir e vir» como bem jurídico fundamental não poderia ser indiferente à forma da tutela concretizada – se reparatória ou precaucional –, merecendo esta última ser vista sempre como a “linha de frente”.

56 CPP: “art. 315: a decisão que decretar, substituir ou denegar a prisão preventiva será sempre motivada e fundamentada. (...) § 2º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que: (...) IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador;”

57 DEI VECCHI & CUMIZ (2019: 99) reconhecem que um standard que autorizasse a prisão quando, entre as aquelas plausíveis e compatíveis com o conjunto probatório, estivesse a hipótese acusatória (H) acompanhada de uma modal de sua antítese (¬H), teria uma capacidade garantística mínima.

III) Daí que a proporção de acusados que aguardaram presos a sua sentença absolutória – ou que foram erroneamente condenados (também) pelo fato de estarem presos – é um indicativo da medida da concretização do próprio direito à «liberdade de ir e vir».

IV) A exigência de uma elevada probabilidade do cometimento de um crime por aquele que se quer encarcerar preventivamente em nada desprestigia o princípio da presunção de inocência, senão o contrário, reduzindo o risco de condenações errôneas; ou seja, de desconstituições ilegítimas da presunção de inocência.

V) a garantia de acesso à justiça (ou à jurisdição) – CF/88, 5º, XXXV –, não admite que o aprofundamento da cognição necessária à definição dos pressupostos da prisão preventiva (devido processo) aguarde o momento do julgamento da causa.

VI) a exigência do *fumus comissi delicti* embute a exigência de uma acusação legítima, caracterizada por uma imputação (material) explícita e com uma descrição fática do fato imputado capaz de: (i) dar-lhe univocidade, depurando quaisquer ambiguidades; (ii) levar a um juízo positivo de tipicidade (conglobante); e (iii) retirar qualquer aparente arbítrio do acusador.

VII) a possibilidade de o juiz, seja o do processo, seja o das garantias, alterar ou complementar a acusação violaria de morte o princípio acusatório e a paridade de armas, estruturas do processo penal que respeita a dignidade humana.

VIII) A admissão do *fumus comissi delicti* pressupõe um devido processo intelectual, com a organização dos elementos empíricos, sua análise e sua interpretação, seguidos do raciocínio que autorizaria admitir uma determinada *probanda* penúltima, o que não poderia se dar com base na intuição do julgador.

IX) Estabelecer o *fumus comissi delicti*, ou seja, «admitir a hipótese acusatória como provada para esse específico fim», exige que cada circunstância ou aspecto da hipótese esteja apoiada em (ao menos) um (enunciado evidencial, resultado de uma experiência sensorial do próprio julgador sobre) elemento empírico validamente incorporado ao processo.

X) Por último, deve-se realizar uma totalização, unificação de todos esses vetores, mediante uma história que integre todas as evidências e explicações, de modo a verificar se a prova como um todo faz a hipótese acusatória preponderar sobre sua antítese; ou seja, se resta autorizada uma preferência racional, intersubjetivável, por H, em detrimento de ¬H.

Registre-se, por fim, que obviamente não se tem aqui um modelo acabado, operativo, mas tão somente um rascunho, com o destaque de algumas questões que merecem ainda aprofundamento do debate e reflexão.

## Referências bibliográficas

- ANDERSON, T., SCHUM, D., & TWINING, W. *Analysis of Evidence*. Cambridge: Cambridge University Press, 2005.
- ANDRADE, Flávio da Silva. **Standards de prova no processo penal**: quando de prova é necessário para deferir medidas cautelares, receber a denúncia, pronunciar e condenar? São Paulo: Editora Juspodivum, 2022, p. 152 e ss.
- AROCHA, Juan Montero. Principio Acusatorio y Prueba em el Procesal Penal, em Prueba y Proceso Penal, Colomer, Juan L G (coord), Valencia, 2008.
- BADARÓ MASSENA, Caio. Prisão preventiva e standards de prova: propostas para o processo penal brasileiro. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, vol. 7, n. 3, p. 1631-1668, set./dez. 2021. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v7i3.617>
- BADARÓ, Gustavo. *Epistemologia judiciária e prova penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.
- BOVINO, A. (2017). Aporías. Sombras y ficciones en la justificación del encarcelamiento preventivo. *Foro: Revista De Derecho*, (8), 5-47. Recuperado a partir de <https://revistas.uasb.edu.ec/index.php/foro/article/view/338>
- BRAGA DAMASCENO, Fernando. A (in)viabilidade de uma limitação qualitativa para a cognição realizada na investigação criminal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, 176: 127 - 150. 2021.
- (2023a). «Direito Probatório (stricto sensu): da valoração da prova». São Paulo: Tirant lo Blanch. doi: <https://doi.org/10.53071/boo-2023-09-15-65047aa2907f3>
- (2023b) «Pensando a qualidade do juízo fático-probatório: um modelo de evolução baseado no aprendizado com erros». *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, 9(3): 1213-1256. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v9i3.900>
- CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito*. Introdução e tradução de A. Menezes Cordeiro. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989.
- CASTILLO ALVA, José Luis (2018). El fumus comissi delicti y el estándar probatorio en la prisión provisional. In Carmen Vázquez Rojas (ed.), *Hechos y razonamiento probatorio*. Editorial CEJL.
- CORREA, Rodrigo Coloma. Los usos de los estándares de prueba: entre umbrales y prototipos. In *Discusiones*. Núm. 18.2, pp. 23 a 57, 2016
- DAMASKA, Mirjan. *Evaluation of Evidence (ASCL Studies in Comparative Law)*. Cambridge: Cambridge University Press, Edição do Kindle, 2019, p. 82.
- DEI VECCHI, Diego. Acerca de la justificación de la prisión preventiva y algunas críticas frecuentes. *Rev. derecho (Valdivia)* []. 2013, 26, 2, pp.189-217. ISSN 0718-0950. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-095020130002000008>.
- Estándares de suficiencia probatoria, moralidad política y costos de error: el núcleo inconsistente de la epistemología jurídica de Larry Laudan. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 43, pp. 397-426. 2020.
- La decisión de encarcelar preventivamente y otros peligros procesales: una aproximación a la prisión preventiva desde la óptica de la justificación de decisiones judiciales. Buenos Aires: Ad-hoc. 2017.
- Los confines pragmáticos del razonamiento probatorio. *Los confines pragmáticos del razonamiento probatorio*, Zela, Lima, 2020b.
- DEI VECCHI, Diego; CUMIZ, Juan. Estándares de suficiencia probatoria y ponderación de derechos: una aproximación a partir de la jurisprudencia de la Corte Penal Internacional. Madrid: Marcial Pons. 2019
- DELLEPIANE, Antônio. *Nova teoria da prova*. Tradução Érico Maciel. São Paulo: Editora Minelli. 2004.
- EYHERABIDE, Santiago. La relación entre la práctica de los sistemas penales y la determinación de los estándares de prueba. In *Quaestio facti*. Revista Internacional sobre Razonamiento Probatorio, N. 2 | 2021, pp. 185-223, Madrid, 2021.
- FERRER BELTRÁN, Jordi. Presunción de inocencia y prisión preventiva. In Asencio Mellado, J.M. y Castillo Alva, J.L. (eds.). *Colaboración eficaz, prisión preventiva y prueba..* Lima: Ideas - Universitat d'Alacant, 2017.

- . La valoración racional de la prueba. Madrid, Marcial Pons, 2007.
- . Prolegómenos para una teoría sobre los estándares de prueba. El test case de la responsabilidad del Estado por prisión preventiva errónea. In: PAPAYANNIS, Diego et al. (eds.). *Filosofía del derecho privado*. Madrid: Marcial Pons, 2018.
- . Prueba sin convicción: estándares de prueba y debido proceso. Madrid: Marcial Pons, 2021.
- FERRUA, Paolo. La prova nel processo penale. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, vol. 4, n. 1, p. 81-128, jan./mai. 2018. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v4i1.130>
- FONDEVILA, Gustavo; QUINTANA-NAVARRETE, Miguel. (2020). Determinantes de la sentencia: Detención en flagrancia y prisión preventiva en México. *Latin American Law Review*. 49-72. 10.29263/lar04.2020.03.
- GARGALLO, Andrea Planchadell. La regla de exclusión de la prueba sobre el mal carácter en el proceso penal inglés. In: COLOMER, Juan Luis Gómez (coord.). *Prueba e proceso penal*, pp. 233-261. Valencia: Tirant lo blach. 2008.
- GARRETT, Brandon. *Convicting the Innocent: Where Criminal Prosecutions Go Wrong*. Cambridge: Harvard University Press, 2011.
- GASCÓN ABELLÁN, Marina. *Los hechos en el derecho: bases argumentales de la prueba*. Madrid, Marcial Pons, 2010.
- GIL, Fernando. Modos da verdade (entrevista conduzida por Rui Cunha Martins), *Separata da Revista de História das Ideias da Faculdade de Letras da Universidade de Coimbra*, vol 23, Coimbra, 2002.
- GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. Prisões cautelares, confirmation bias e o direito fundamental à devida cognição no processo penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 23, n. 117, p. 263-286. 2015.
- GONZÁLEZ LAGIER, Daniel. ¿Es posible formular un estándar de prueba preciso y objetivo? Algunas dudas desde un enfoque argumentativo de la prueba. *Revista Telemática de Filosofía del Derecho*, 23: 79-97, 2020.
- HAACK, Susan. “El probabilismo jurídico. Una disensión epistemológica”. In VÁZQUEZ C., (ed.), *Estándares de prueba y prueba científica. Ensayos de epistemología jurídica*, Madrid: Marcial Pons, 2013.
- HAMER, David A., *The Truth Will Out? Incoherence and Skepticism in Foundations of Evidence Law*. *Modern Law Review*, Vol. 70, p. 318 – 338. 2007.
- JARAMILLO, Luis Bernardo Ruiz. *El derecho constitucional a la prueba y su configuración en el Código General del Proceso colombiano*. Tese de doutorado perante a Universitat Rovira i Virgili (Espanha). 2017.
- JESUS, Antônio Velho et al (org.). *Tratado de Computação Forense*. Campinas: Millennium. 2016.
- KHALED JR., Salah H. *A Busca da Verdade no Processo Penal. Para além da ambição inquisitorial*. Belo Horizonte: Justificando, 2016.
- . *Ambição da verdade do processo penal: uma introdução*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019
- LOPES, João Batista. Provas atípicas e efetividade do processo. *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*. Volume V. pp. 389 – 402, 2010.
- MATIDA, Janaína; VIEIRA, Antônio. Para além do BARD; uma crítica à crescente adoção do standard de proa “para além de toda a dúvida razoável” no processo penal brasileiro. In *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, vol. 156, p. 221 – 248. 2019.
- MILLER, Marc; MARTIN Guggenheim. *Pretrial Detention and Punishment*. *Minnesota Law Review*, vol. 75, no. 2, pp. 335-426. 1990.
- MORAHAN, Elizabeth J. *County of Riverside v. McLaughlin: The Promptness of a Probable Cause Determination*. *New England Law Review*, vol. 27, no. 2, pp. 411-446. 1992
- MOURA, Maria Thereza R. A. *Justa causa para a ação penal: doutrina e jurisprudência*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.
- NARDELLI, Marcella Alves Mascarenhas. O direito à prova e à não autoincriminação em uma perspectiva comparada entre os processos civil e penal. *Revista de Processo – REPRO*, v. 246, 2015.
- NERES, Winicius Ferraz. A cadeia de custódia dos vestígios digitais sob a ótica da Lei n. 13.964/2019. *Boletim Científico ESMPU, Brasília*, a. 20, n. 56. 2021.

- NICOLITT, André. Processo penal cautelar: prisão e demais medidas cautelares. São Paulo Revista dos Tribunais. 2015.
- PEIXOTO, Ravi. Standards probatórios no direito processual brasileiro. São Paulo: Editora Juspodivm. 2021.
- PEREIRA, Frederico Valdez. Apontamentos sobre a colaboração premiada na Lei Anticrime. Revista Brasileira de Ciências Criminais, vol. 174, p. 199 – 254. 2020.
- . Valor probatório da colaboração processual (delação premiada). Revista Brasileira de Ciências Criminais, vol. 77, p. 175 – 201. 2009.
- PRADO, Luiz Regis; SANTOS, Diego Prezzi. Prisão preventiva: a contramão da modernidade. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2018.
- ROBERTS, Paul; ZUCKERMAN, Adrian. Criminal Evidence. Oxford: Oxford University Press, 2010, p. 581 e ss.;
- ROSA, Alexandre Morais da. Guia do processo penal conforme a teoria dos jogos. Florianópolis: Emais. 2020.
- SCHAUER, Frederick. In Defense of Rule-Based Evidence Law—and Epistemology Too. Episteme, vol. 5, no. 3, p. 295-305. 2008.
- SCHMITZ, Leonard. Presunções judiciais: raciocínio probatório por inferências. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2020.
- STEIN, Alex. Foundations of Evidence Law. Oxford: Oxford University Press, 2005.
- . The Refoundation of Evidence Law. Canadian Journal of Law & Jurisprudence, 9(2), 279-342. 1996.
- SUXBERGER, Antonio Henrique Graciano; CAVALLAZZI; Vanessa Wendhausen; COSTA, Thays Rabelo da. Números da questão prisional: problema estrutural e estruturante, In A Visão do Ministério Público sobre o Sistema Prisional Brasileiro. Brasília: CNMP. 2020.
- THAYER, J. B. Preliminary Treatise on Evidence at Common Law. Boston: Littel, Brown and Company, 1998, p. 530.
- TORTOSA, Virgínia Pujadas. Teoría general de medidas cautelares penales: peligrosidad del imputado y protección del proceso. Madrid: Marcial Pons, 2008.
- TUZET, Giovanni. Assessment criteria or standards of proof? An effort in clarification. Artif Intell Law 28, p. 91–109. 2020.
- . Sobre la ostensión probatoria. Trad. de Diego Dei Vecchi. In: BELTRÁN, Jordi Ferrer; VÁSQUEZ, Carmen (coord.). El razonamiento probatorio en el proceso judicial: un encuentro entre diferentes tradiciones. Madrid: Marcial Pons, 2020.
- TWINING, William. Freedom of Proof and the Reform of Criminal Evidence. Israel Law Review, vol. 31, no. Issues 1-3, p. 439-463, 1997.
- URBANO MARTINEZ, José Joaquín. El control de la acusación: una reflexión sobre los límites del poder de acusar en el estado constitucional de derecho. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2013.
- VALENZUELA, J. (2011). Presumir responsabilidad: sobre una relación entre la prisión preventiva y la presunción de inocencia en el derecho procesal chileno. Revista De Estudios De La Justicia, (14), pp. 53-70. <https://doi.org/10.5354/rej.v0i14.28554>
- VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. Standard probatório para condenação e dúvida razoável no processo penal: análise das possíveis contribuições ao ordenamento brasileiro. Revista Direito GV, v. 16, n. 2. 2020.
- VILAR, SILVIA BARONA. Prision Provisional y Medidas Alternativas. Barcelona: Bosch. 1988.

# Confira nesta edição:

**A circulação do “livre convencimento e do júri na época do primeiro código unitário: os mal-entendidos de um transplante equívocado**

*Francesca Ruggieri*

**Por que justamente uma proibição probatória? Observações heréticas sobre a figura da proibição de valoração da prova**

*Luís Greco*

**Uma análise de redes criminais a partir da Operação Brabo**

*Camila Caldeira Nunes Dias e Giovanna Ferrari*

**Dimensões do poder, constituição e democracia: contribuição para uma discussão político-criminal sobre Discurso de Ódio e direitos fundamentais a partir do Decreto n. 10.932/2022**

*Gabriel Antinolfi Divan, Carolina Costa Ferreira e Victória Faria Barbiero*

**Parecer do Ministério Público e contraditório, contributo ao sistema acusatório**

*Jayme Weingartner Neto*

**A atuação defensiva do delator no processo penal: possibilidades e limites em conformidade com os termos do acordo de colaboração premiada**

*Vinícius Gomes de Vasconcellos, André Mirza Maduro e Dimas Antônio Gonçalves Fagundes Reis*

**Revisitando a questão do dolo e da imprudência na responsabilidade penal da pessoa jurídica**

*Paulo César Busato e Mariana Cesto*

**Inteligência artificial, controle migratório e a criminalização de estrangeiros: desafios para os direitos humanos e fundamentais**

*Caroline Dimuro Bender D'Ávila e Gabrielle Bezerra Sales Sarlet*

**A Estética do contraditório no processo penal: uma visão pelo olhar do feminino**

*Flaviane de Magalhães Barros Bolzan de Moraes*

**O crime de estupro pode ocorrer de forma virtual?**

*Marli Marlene Moraes da Costa e Julia Patrícia Staub*

**A retroatividade do acordo de não persecução penal: a (im)possibilidade de sua aplicação após o trânsito em julgado**

*Nefi Cordeiro e Thiago Costa dos Santos*

**Anpp, ministério público e direitos fundamentais: relatório final do grupo de pesquisa em segurança pública e criminalidade - gep/spcrim, do Ministério Público da Bahia**

*Elmir Duclerc Ramalho Junior, Camila Andrade e Lia Nunes Barreto*

**Do que se fala quando se fala em fumus commissi delicti? Um modelo de contenção do arbítrio na adjudicação da hipótese acusatória legitimadora da prisão pre-ventiva**

*Fernando Braga Damasceno*

ISSN 1676-8698/92



+ ACESSO À **VERSÃO DIGITAL GRÁTIS** NA NOSSA PLATAFORMA DE LEITURA