



10º CONGRESSO INTERNACIONAL DE CIÊNCIAS CRIMINAIS

Memória e Ciências Criminais

XIX Congresso Transdisciplinar de Ciências Criminais do ITEC-RS

Direito Processual Penal – Vol. 02

Coordenadores

Augusto Jobim do Amaral
Fabrício Dreyer de Ávila Pozzebon
Fernanda Martins
Ricardo Jacobsen Gloeckner
Ruth M. C. Gauer

Organizadores

Ana Clara Santos Elesbão
Ariel Koch Gomes
Camila de Oliveira Angel
Carlos Hélder Carvalho Furtado Mendes
Fernando Vechi
Jádia Larissa Timm dos Santos
Leandro Ferreira de Paula
Lucas da Silva Santos
Roberta da Silva Medina
Vanessa Cerezer de Medeiros



tirant
lo blanch

Coordenadores
Augusto Jobim do Amaral
Fabrício Dreyer de Ávila Pozzebon
Fernanda Martins
Ricardo Jacobsen Gloeckner
Ruth M. C. Gauer

ANAIS DO 10º CONGRESSO INTERNACIONAL DE CIÊNCIAS CRIMINAIS - PUCRS

DIREITO PROCESSUAL PENAL – VOL. 02

Organizadores
Ana Clara Santos Elesbão
Ariel Koch Gomes
Camila de Oliveira Angel
Carlos Hélder Carvalho Furtado Mendes
Fernando Vechi
Jádia Larissa Timm dos Santos
Leandro Ferreira de Paula
Lucas da Silva Santos
Roberta da Silva Medina
Vanessa Cerezer de Medeiros



tirant
lo blanch

São Paulo
2020



Copyright© Tirant lo Blanch Brasil

Editor Responsável: Aline Gostinski

Assistente editorial: Izabela Eid

Capa e Diagramação: Kayê Sousa Rosa

CONSELHO EDITORIAL CIENTÍFICO:

EDUARDO FERRER MAC-GREGOR POISOT

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

JUAREZ TAVARES

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

LUIS LÓPEZ GUERRA

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

OWEN M. FISS

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

TOMÁS S. VIVES ANTÓN

Catedrático de Direito Penal da Universidade de Valência - Espanha

A551 Anais do 10º Congresso Internacional de Ciências Criminais – PUCRS [livro eletrônico] : direito processual penal, volume 2 / Organizadores Ana Clara Santos Elesbão, Ariel Koch Gomes, Camila de Oliveira Angel, Carlos Hélder Furtado Mendes, Fernando Vechi, Jádía Larissa Timm dos Santos, Leandro Ferreira de Paula, Lucas da Silva Santos, Roberta da Silva Medina, Vanessa Cerezer de Medeiros; Coordenadores Augusto Jobim do Amaral, Fabrício Dreyer de Ávila Pozzebon, Fernanda Martins, Ricardo Jacobsen Gloeckner, Ruth M. C. Gauer. – 1.ed. – São Paulo :Tirant lo Blanch, 2020. - - (Série Anais do 10º Congresso Internacional de Ciências Criminais – PUCRS).
1Kb : e-book

ISBN: 978-65-87684-45-1

1.Direito penal. 2. Adolescente. I. Título.

CDU: 343.21-053.6

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

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

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



**tirant
lo blanch**

Todos os direitos desta edição reservados à Tirant lo Blanch.

Avenida Brigadeiro Luiz Antonio nº 2909, sala 44.

Bairro Jardim Paulista, São Paulo - SP CEP: 01401-000

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

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

Coordenadores

Augusto Jobim do Amaral
Fabrício Dreyer de Ávila Pozzebon
Fernanda Martins
Ricardo Jacobsen Gloeckner
Ruth M. C. Gauer

**ANAIS DO 10º CONGRESSO
INTERNACIONAL DE CIÊNCIAS
CRIMINAIS - PUCRS**

DIREITO PROCESSUAL PENAL – VOL. 02

Organizadores

Ana Clara Santos Elesbão
Ariel Koch Gomes
Camila de Oliveira Angel
Carlos Hélder Carvalho Furtado Mendes
Fernando Vechi
Jádia Larissa Timm dos Santos
Leandro Ferreira de Paula
Lucas da Silva Santos
Roberta da Silva Medina
Vanessa Cerezer de Medeiros



tirant
lo blanch

São Paulo
2020

SUMÁRIO

A PERCEPÇÃO DOS AGENTES JURÍDICOS INSTITUCIONAIS EM RELAÇÃO AOS ADOLESCENTES EM CONFLITO COM A LEI, AOS ATOS INFRACIONAIS E AO SINASE, EM PELOTAS-RS... 9

Manoela Vieira Neutzling

O MÉTODO DA ENTREVISTA COGNITIVA PARA REALIZAR A OITIVA DE MENORES VÍTIMAS DE VIOLÊNCIA SEXUAL NO BRASIL 31

Alice Marie Freire Gaudiot

A AMPLIAÇÃO DOS ESPAÇOS DE CONSENSO NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO: UMA NOVA FASE DA MENTALIDADE INQUISITORIAL. 51

Pâmela de Araújo Aquino

A DINÂMICA DA (IN) APLICABILIDADE EFEITOS DA CONDENAÇÃO PENAL: UM ESTUDO DE CASO NA COMARCA DE SÃO LUÍS DO ESTADO DO MARANHÃO 71

Gabriel Salazar Curty, Jayanne Ághata Lima Prazeres , Matheus Arruda Gomes

A DISCRICIONARIEDADE DA AÇÃO PENAL EM RELAÇÃO AO MINISTÉRIO PÚBLICO 87

Amanda Falcioni Cardinal, Eduardo Pereira Brandão Filho, Nabiha de Oliveira Maksoud

A (IN)VALIDADE DA INICIATIVA INSTRUTÓRIA DO JUIZ: PROCESSO PENAL RUMANDO NA CONTRAMÃO DAS GARANTIAS CONSTITUCIONAIS 98

Juliano de Oliveira Leonel, Marcus Vinicius do Nascimento Lima

A PERSPECTIVA ONTOLÓGICA COMO COMPROMISSO ÉTICO-POLÍTICO DIANTE DO CONTEXTO CARCERÁRIO BRASILEIRO... 114

Vitória Rosa Cougo, Cláudia Maria Perrone

A PRISÃO DISCIPLINAR DO MILITAR ESTADUAL E OS DIREITOS E GARANTIAS INDIVIDUAIS PREVISTOS NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988125

IONICE NEVES DA ROCHA, PAULO FERNANDO PINHEIRO

A REMIÇÃO PELA LEITURA SOB A ÉGIDE DA LEI DE EXECUÇÃO PENAL142

Cynthia Padilha, Maiara Sarnovski, Marcus Vinicius da Silva Ferreira, Andréa Flores

A REVITIMIZAÇÃO NA AÇÃO PENAL PÚBLICA INCONDICIONADA NOS DELITOS CONTRA A DIGNIDADE SEXUAL.....154

Roberta Eifler Barbosa

A INFLUÊNCIA DOS ELEMENTOS DE INFORMAÇÃO DO INQUÉRITO POLICIAL NA FUNDAMENTAÇÃO DA SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA: UMA ANÁLISE DAS PRINCIPAIS VIAS DE CONTAMINAÇÃO TENDO POR BASE AS SENTENÇAS PROLATADAS PELAS VÁRAS CRIMINAIS DE MACEIÓ/AL166

Marcos Eugênio Vieira Melo, Marcelo Herval Macêdo Ribeiro, Amanda Assis Ferreira

AS AUDIÊNCIAS DE CUSTÓDIA NO RIO GRANDE DO SUL: UMA ANÁLISE SOB AS PERSPECTIVAS DO DIREITO PROCESSUAL PENAL BRASILEIRO178

Mateus Rech Graciano dos Santos, Raphael Soares Salbego, Bruno Seligman de Menezes

PROVA TESTEMUNHAL E TEATRALIZAÇÃO ACUSATÓRIA: A SUBTRAÇÃO DE NARRATIVAS JUDICIAIS.....194

Saulo Murilo de Oliveira Mattos

O FENÔMENO DA SERENDIPIDADE NAS INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS E NAS BUSCAS E APREENSÕES: UMA ANÁLISE SOBRE A ADMISSIBILIDADE DAS PROVAS DESCOBERTAS AO ACASO207

Rafael Cavalcanti Branco

OS PALADINOS DA ORDEM PÚBLICA: JUÍZES E OS DISCURSOS LEGITIMADORES DO ENCARCERAMENTO DOS INDESEJADOS227

Paulo Victor Leôncio Chaves, Maria Sueli Rodrigues de Sousa

DISCURSO E FORMAS DE VERIDICÇÃO NO PROCESSO PENAL: A LEGITIMAÇÃO DO DIREITO DE PUNIR DO ESTADO ATRAVÉS DA CONFISSÃO249

Marcos Eugênio Vieira Melo, Amanda Assis Ferreira

FALSAS MEMÓRIAS: APLICAÇÃO DA ENTREVISTA COGNITIVA EM SUBSTITUIÇÃO AO DEPOIMENTO ESPECIAL260

Juliana Leonora Martinelli Giongo

A EFICÁCIA DO DECRETO-LEI 3.240/41 À LUZ DO DISPOSTO NO ART. 2º DA LEI DE INTRODUÇÃO ÀS NORMAS DO DIREITO BRASILEIRO279

Gustavo Koji Maeda

INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL E PRISÃO PREVENTIVA: O USO DAS NOVAS TECNOLOGIAS PARA AVALIAÇÃO DE RISCOS295

Ana Carolina Mezzalira

INVESTIGAÇÃO DEFENSIVA: AVANÇOS E PERSPECTIVAS PARA EFETIVAÇÃO DAS PRERROGATIVAS DA ADVOCACIA CRIMINAL306

Alberto Ruttke, Felipe Mrack Giacomolli, Marcos Pippi Fraga

JUSTIÇA CRIMINAL NEGOCIAL E “PLEA BARGAINING”: A FRAGILIZAÇÃO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL E A PRIMAZIA INQUISITÓRIA DA LÓGICA NEOLIBERAL EFICIENTISTA321

Marcelo Herval Macêdo Ribeiro

LIMITES DE COGNIÇÃO DA DECISÃO QUE RECEBE A DENÚNCIA OU QUÊIXA: UM ESTUDO À LUZ DOS FUNDAMENTOS CONSTITUCIONAIS E CONVENCIONAIS DO PROCESSO PENAL.....343

João Santos da Costa

**DO PROCESSO PENAL AO CÍVEL: A METÁSTASE DO IN DUBIO
PRO SOCIETATE.363**

**Paulo Thiago Fernandes Dias, Sara Alacoque Guerra Zaghout, Tiago Lorenzini
Cunha**

**NEOLIBERALISMO E JUSTIÇA DO CONSENSO NO PROCESSO
PENAL.378**

Ariel Koch Gomes

**O IMPLEMENTO DAS GARANTIAS LEGAIS DOS APENADOS NO
CÁRCERE BRASILEIRO.396**

Maiara Sarnovski, Fabianne da Silva de Sousa, Cynthia Padilha

**O NOVO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL URUGUAIO E A
INSTITUIÇÃO DO MODELO ACUSATÓRIO406**

Elizabeth Azevedo, Mirenchu Maitena dos Santos Rivas

O PROCESSO PENAL DO RÉU INDÍGENA NO BRASIL.....421

Bruna Hoisler Sallet

**PLEA BARGAINING À LA MORO E A SUPERVALORAÇÃO DA
CONFISSÃO.433**

Shirley Lafaety Duda da Silva

**PRISÃO PREVENTIVA E COLABORAÇÃO PREMIADA:
UTILIZANDO A COAÇÃO PARA EFICIÊNCIA DO MEIO DE
OBTENÇÃO DE PROVA449**

Daiana Ryu

**PRISÃO PREVENTIVA PARA A GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA:
UMA CRÍTICA AGNÓSTICA A DECISÕES PROFERIDAS NO
NÚCLEO DE PRISÕES EM FLAGRANTE DE SALVADOR – BAHIA ...470**

César Augusto Ferreira São José

**PROVAS. AS PROVAS ILÍCITAS APRECIADAS EM BENEFÍCIO
DO RÉU.....491**

Guilherme José Meloto, Yhan Felipe Barbosa Chaves, Juliana Medina de Aragão

**LESÕES CEREBRAIS, PSICOPATIA E A VALORAÇÃO DA PROVA
NEUROCIENTÍFICA NA PERSPECTIVA DO PROCESSO PENAL501**

**Luciana Pessoa Nunes Santos, Rosália Maria Carvalho Mourão, William de
Quadros da Silva, Alex da Rosa, Jéssica Domiciano Jeremias**

**EXECUÇÃO PENAL E A GARANTIA DA LEGALIDADE PENAL:
DA (IN)CONSTITUCIONALIDADE DA TIPIFICAÇÃO DE FALTAS
GRAVES POR MEIO DE NORMAS ADMINISTRATIVAS ESTADUAIS. .519**

William de Quadros da Silva

**A CONFISSÃO EXTRAJUDICIAL E O SISTEMA ACUSATÓRIO
BRASILEIRO: UM ESTUDO DOS PROCESSOS DE TRÁFICO DE
DROGAS NA COMARCA DE CRICIÚMA – SANTA CATARINA536**

Alex da Rosa, Jéssica Domiciano Jeremias

**A POSTURA DO MAGISTRADO NO PROCESSO CRIMINAL
APÓS A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988: UMA
IMPRESINDÍVEL DISCUSSÃO ACERCA DAS INFLUÊNCIAS
EXTERNAS NAS DECISÕES JUDICIAIS.549**

Daliani Barbosa Binotti, Leonardo Sagrillo Santiago

**CONFISSÃO E COLABORAÇÃO PREMIADA: O
CONFRONTAMENTO ENTRE OS INSTITUTOS E A
POSSIBILIDADE DE TRATAR A CONFISSÃO COMO CAUSA
GERAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA.568**

Lais Zamberlan Harb, Bruno Seligman de Menezes

A PERCEPÇÃO DOS AGENTES JURÍDICOS INSTITUCIONAIS EM RELAÇÃO AOS ADOLESCENTES EM CONFLITO COM A LEI, AOS ATOS INFRACIONAIS E AO SINASE, EM PELOTAS-RS.

Manoela Vieira Neutzling¹

RESUMO: Por meio deste artigo, debate-se as percepções dos agentes do campo jurídico estatal sobre os adolescentes em conflito com a lei, os atos infracionais e o Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo (Sinase). Foi realizada observação direta de reuniões da Rede Socioeducação e entrevistas semi estruturadas na Defensoria Pública, Juizado da Infância e Juventude e Ministério Público, em Pelotas-RS. O referencial teórico baseia-se nas noções de figuração, interdependência e violência de Elias, da categoria juventude, a partir do diálogo entre Pais e Andrade e da noção bourdieusiana de Estado. Percebeu-se que existem diversas configurações no campo sócio-jurídico, em relação aos jovens, aos atos infracionais e ao Sinase. Além disso, identificou-se que as diferentes formas de reconhecimento dos socioeducandos pelos diversos agentes do Estado, que atendem esses jovens ao longo do processo interferem diretamente na decisão judicial, no planejamento e execução das medidas socioeducativas.

PALAVRAS-CHAVE: Adolescentes em conflito com a lei, Instituições jurídicas estatais, Processo socioeducativo.

RESUMEN: Este artículo analiza las percepciones de los agen-

¹ Graduada em Licenciatura em Ciências Sociais pela Universidade Federal de Pelotas (UFPel). Mestre em Sociologia (PPGS/UFPel). manoelaneutzling@gmail.com

tes legales estatales sobre los adolescentes en conflicto con la ley, los delitos y el Sistema Nacional de Atención Socioeducativa (Sinase). Se realizó una observación directa de las reuniones de la Red de Educación Socio y entrevistas semiestructuradas en la Oficina del Defensor Público, el Tribunal de Menores y el Servicio de la Fiscalía en Pelotas-RS. El marco teórico se basa en las nociones de figuración, interdependencia y violencia de Elías, de la categoría juvenil, basadas en el diálogo entre Pais y Andrade y la noción bordieusiana de Estado. Se notó que hay varias configuraciones en el campo sociolegal, en relación con la juventud, los actos de infracciones y la Sinase. Además, se encontró que las diferentes formas de reconocimiento de agentes estatales, que sirven a estos jóvenes durante todo el proceso interfieren directamente con decisión judicial, en la planificación y ejecución de medidas socioeducativas.

PALABRAS CLAVE: adolescentes en conflicto con la ley, instituciones jurídicas estatales, proceso socioeducativo.

1. INTRODUÇÃO

Por meio deste artigo, debate-se as percepções dos agentes do campo jurídico estatal sobre os adolescentes em conflito com a lei, os atos infracionais e o Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo (Sinase). Os interlocutores entrevistados pertencem ao campo jurídico estatal e atuam junto ao Ministério Público por meio da Promotoria da Infância e da Juventude, a Defensoria Pública e ao Juizado da Infância e da Juventude da Comarca de Pelotas. A metodologia utilizada envolveu a realização de entrevistas semi-estruturadas com os agentes jurídicos institucionais e observação direta das reuniões da Rede Socioeducação durante o ano de 2018 no município de Pelotas-RS. A fim de contemplar o objetivo deste artigo, o mesmo será apresentado a partir das percepções dos agentes do campo jurídico estatal em relação a percepção sobre: 1) os adolescentes em conflito com a lei; 2) aos atos infracionais e 3) ao Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo (Sinase). O referencial teórico que fundamentará a discus-

são baseia-se especialmente na noção de figuração, interdependência e violência de Elias, da categoria juventude, a partir do diálogo entre Pais e Andrade e da noção bourdieusiana de Estado.

2. A PERCEÇÃO DOS AGENTES JURÍDICOS INSTITUCIONAIS EM RELAÇÃO AOS ADOLESCENTES EM CONFLITO COM A LEI

A fim de compreender a percepção dos agentes institucionais que atendem os adolescentes em conflito com a lei durante o procedimento para aplicação da medida sócio-educativa foram entrevistados(as) cinco atores do campo jurídico que responderam as seguintes questões: 1- Quem são os adolescentes que cumprem medida socioeducativa? 2- Como você reconhece os adolescentes em conflito com a lei? Desse modo, os excertos apresentados foram organizados a partir de categorias comuns extraídas das falas analisadas.

A percepção de quem são os adolescentes envolvidos em ato infracional perpassa algumas categorias principais (e comuns) relatadas, tais como: “mudança de perfil”, classe/renda, configuração familiar, defasagem e evasão escolar, violência e violação de direitos na infância. As narrativas dos agentes do sistema de garantias foram condizentes ao relatar o que consideram uma “mudança do perfil” do adolescente em conflito com a lei. Segundo promotores, juíza e defensora pública vinculados à Infância e à Juventude, há um aumento na gravidade dos atos cometidos por esses sujeitos o que reflete na maior internação de jovens no CASE. Além disso, a baixa escolaridade e o contexto familiar caracterizado como “desagregado” ou famílias com uma trajetória no crime foram dimensões constantemente abordadas pelos(as) entrevistados(as), conforme relatado por uma das interlocutoras do campo jurídico: “Noto nesses 4 anos que o perfil vem se agravando muito. Até o tipo hoje com mais crueldade, mais homicídios e roubo com sofrimento a vítima” e que também pode ser observado nos seguintes relatos:

(...) Baixa escolaridade famílias desagregadas geralmente moradores de periferia, moradores de bairro dominados por facções, bairros com fluxo muito grande de tráfico de drogas e acaba existindo cooptação. Eles... muitos adolescentes, um número muito grande de adolescentes com pai preso, muitas vezes pai e mãe presos. Muitas vezes adolescentes com irmãos mais velhos já ambientados num ambiente de ato ilícito, às vezes tios assassinados. O que eu percebo... um aumento significativo desde o período que eu vim pra cá até agora principalmente do número de internações e isso reflete a gravidade dos atos infracionais. Eu acredito

que o aumento na demanda do número de adolescentes internados reflete isso: o aumento na gravidade dos atos infracionais praticados (Lorena).

Um dos entrevistados também abordou a questão do perfil dos adolescentes em cumprimento de medida em relação ao período em que trabalhou e o período atual.

O perfil deles hoje é totalmente diferente de quando eu estava lá. Eu fiquei 10 anos lá. O perfil do adolescente infrator hoje é um perfil quase próximo do criminoso. Um adolescente frio, pouco se importando com o que vai acontecer, cometendo fatos cada vez mais graves. Fisicamente também... são adolescentes fortes, “malhados”, normalmente pertencem a um grupo ou outro. Hoje quando um adolescente entra no sistema de internação tu tens que definir se ele pertence a um grupo ou a outro porque se colocar um adolescente que pertencem a outro grupo num mesmo grupo, ele pode ser até morto. O sistema está assim hoje. Tu tens que saber se eles tem aquilo que eles chamam de “guerra na rua”. Quase todos eles têm guerra na rua, quase todos eles têm envolvimento com drogas, então o perfil de hoje é de uma adolescente muito mais ... é... perigoso, vamos usar essa palavra (...) do que anteriormente. Esses outros adolescentes que cometeram um ato infracional por um furto, é um adolescente que pode ser um infrator contumaz (Renato).

Outra entrevistada, também pertencente ao campo jurídico, relatou sua percepção em relação à mudança de perfil dos jovens:

Então isso é algo que mudou completamente ao perfil do adolescente. Hoje os adolescentes já iniciam praticando roubos, ou seja, né, subtração com violência ou grave ameaça à pessoa. O ato infracional de furto é muito raro acontecer ou talvez as pessoas já nem registrem porque acham que aquilo não é importante, mas assim, na prática não se tem ... é muito difícil ter furtos ou qualquer ato infracional sem violência ou grave ameaça, hoje. Claro o porte de arma, o tráfico, né que na verdade são sem violência também são atos infracionais graves e que acontecem bastante, e que dão ensejo a medidas em meio aberto, ainda né... Mas assim, o perfil deles é muito diferente do que quando eu comecei a atuar, digamos assim: completamente diferente. E o que a gente vê é o envolvimento das famílias também. Antes quando o adolescente praticava um desses atos a família se colocava contra né, tentava assim, participar desse processo; muitas vezes a própria família tomava a iniciativa de pedir providências né, e hoje se vê que não, que as famílias estão muito envolvidas com o tráfico de drogas e aí nesse meio eles são até utilizados. (...) Tem casos que a gente vê que toda família integra de alguma forma o crime (já teve preso, já teve internado, no caso de irmãos mais velhos); outros assassinatos, essa realidade também é muito presente, do envolvimento com o tráfico levar ou a perda da liberdade ou mesmo a morte (...) (Larissa).

Ainda que o roubo seja o ato infracional mais praticado, alguns interlocu-

tores relataram que esse tipo de ato item sido recorrente com maior imposição de sofrimento às vítimas, o que se apresenta como uma diferenciação nos últimos anos.

Uma interlocutora do meio jurídico colocou sua percepção em relação a isso. Segundo ela

Hoje os adolescentes já iniciam praticando roubos, ou seja, né, subtração com violência ou grave ameaça à pessoa. O ato infracional de furto é muito raro acontecer ou talvez as pessoas já nem registrem porque acham que aquilo não é importante, mas assim, na prática não se tem ...há... é muito difícil ter furtos ou qualquer ato infracional sem violência ou grave ameaça, hoje. Claro o porte de arma, o tráfico, né que na verdade são sem violência também são atos infracionais graves e que acontecem bastante, e que dão ensejo a medidas em meio aberto, ainda né... (Larissa).

O perfil “mais gravoso” apontado nas entrevistas é abordado por Rolim (2016) que discute a disposicionalidade violenta que se caracteriza como uma propensão determinada e legitimada socialmente por uma matriz valorativa cultural.

A partir dos relatos nas reuniões e das entrevistas realizadas, entende-se que ao relatarem o perfil mais gravoso dos jovens, estes estão se referindo a uma parcela daqueles que ingressam no sistema socioeducativo. Não pode se afirmar que todos os jovens apresentam um perfil mais violento, mas sim que aqueles que têm sido encaminhados às medidas em meio fechado tendem a apresentar o que Rolim definiu como “disposicionalidade violenta”. No entanto, é necessário ressaltar que

ao selecionarmos agrupamentos de indivíduos de prática consideradas ilegais, lidamos, primeiramente, com naturezas muito distintas de fatos. Isto é verdadeiro não apenas quando tratamos de crimes diversos que podem corresponder — e frequentemente correspondem — a dinâmicas sociais em nada comparáveis, mas também quando lidamos com pessoas responsabilizadas pelos mesmos tipos penais (ROLIM, 2016, p. 49).

Com isso, ao abordar o “perfil mais violento” desses jovens, atenta-se para não correr o risco de considerá-los todos com disposicionalidade violenta, ainda que tenham praticado o mesmo tipo de ato infracional. Pois, apenas o fato de terem praticado crimes violentos não caracteriza essa conduta. Para Rolim (2016), há outras variáveis que envolvem essa caracterização como a brutalização na infância; a socialização familiar; socialização escolar e a socialização comunitária. Além disso, ao tratar a disposicionalidade violenta como uma variável, Rolim

(2016) afirma que

assumimos a possibilidade de medi-la, o que significa também lidar com o pressuposto de que há pessoas com maior propensão à violação: vale dizer, pessoas que, por conta de arranjos sociais e de experiências determinadas, para além das importantes diferenças biológicas e genéticas, foram a longo de suas vidas mais expostos à disposição violenta. Tal propensão não deve ser compreendida como condição suficiente para as práticas violentas, mas é provável que seja a condição necessária para pelo menos um tipo de violência, aquele que se materializa na ausência de provocações de qualquer tipo e que denominamos “violência extrema” (ROLIM, 2016, p. 18).

Buscando clarificar conceitualmente esse termo Rolim (2016) explica que

Ela corresponde a um conjunto de esquemas individuais de percepção e ação que foram construídos socialmente a partir de experiências concretas vividas pelos agentes e estruturadas pelas respostas por eles oferecidas a situação específicas e estruturantes. Nesse sentido, a disposicionalidade violenta poderia ser compreendida como um *habitus* violento, embora seja, mais do que isso, também um “campo” violento, para usar a nomenclatura de Bourdieu (ROLIM, 2016, p. 22).

Não será problematizado densamente o perfil desses jovens, mas sim, apresentar a análise sociológica de Rolim que colabora para compreender uma parcela da população juvenil de quem muitos sujeitos do sistema de garantias parecem se referir ao falar dos jovens em conflito com a lei no município de Pelotas. Assim, essa variável apresentada pelo pesquisador que envolve outras dimensões da vida dos socioeducandos ajuda a entender uma das formas de reconhecimento sobre os jovens com quem os(as) entrevistados(as) estabelecem relações, que configuram a execução das MSE, à medida em que a maneira como são percebidos por esses sujeitos interfere no processo da execução das medidas (sugestão de progresso ou não da MSE, tipo de medida etc).

Conforme Volpi (2015, p. 16), “a criança e o adolescente são concebidos como pessoas em desenvolvimento, sujeitos de direitos e destinatários de proteção integral”. Para esse mesmo autor a transgressão da lei é o que define e limita a atuação da justiça nesta área. As demais problemáticas que afetam os/as adolescentes e jovens são objetos da atuação do Estado mediante o conjunto de ações e políticas públicas. No entanto, o modo como esses adolescentes e jovens são reconhecidos pela Justiça configura a execução das medidas (seja no tipo de medida, no tempo ou na progressão ou regressão de pena, como também no próprio reconhecimento do papel do Estado perante essa população).

2.1. OS ADOLESCENTES, OS “GURIS”: INDIVÍDUOS EM DESENVOLVIMENTO

Foi observado em campo que as narrativas dos profissionais vinculados ao campo jurídico apresentam de modo geral a compreensão de que esses sujeitos são “adolescentes” e que estão ainda em condição de desenvolvimento, ou seja, existe o reconhecimento da condição peculiar de desenvolvimento desses jovens, argumentação que está atrelada às pesquisas na área da saúde e ao próprio ECA. Dos(as) cinco entrevistados(as), quatro demonstraram essa perspectiva durante suas falas “porque a criança e o adolescente são pessoas em situação peculiar de desenvolvimento” (Renato); “(...) o guri com treze, quatorze anos que está ainda num processo intelectual, cognitivo de desenvolvimento emocional (...)” (Lorena); “Claro tem que levar em consideração a idade, a condição de pessoa em desenvolvimento...” (Flávia); “um adolescente com 16 anos muito embora ele tenha informação, ele sabe que ele é errado, tem consciência, tem informação tem tudo, ele ainda está em formação, você não pode comparar um adolescente de 16 com um de 30 que tá na cadeia” (Jorge). Uma das entrevistadas não mencionou especificamente o adolescente como um indivíduo em formação, mas sim os primeiros anos da infância

assim, até estudos revelam hoje, embora não tenha feito nenhuma especialização eu leio muito, eu me interessar muito por essa área, e participei de cursos e cada vez a gente vê mais que os processos de formação começam nos primeiros anos que são os mais significativos pra formação do caráter, da personalidade, da psicologia da criança, especialmente dos 0 aos 6. E eu vejo que o descuido dessa etapa da vida ele tem essa repercussão com o envolvimento dos jovens no ato infracional, às vezes até de crianças...(Larissa).

2.2. A PROTEÇÃO COMO PREVENÇÃO

A noção da proteção à primeira infância e da formação da personalidade nos primeiros anos de vida também foi mencionada por duas entrevistadas do campo jurídico, o que demonstra uma ênfase maior dessas interlocutoras na esfera de proteção do que da responsabilização. Ao abordar a escolha pela área da infância e juventude, Flávia justificou que foi motivada por acreditar que ainda é possível fazer alguma coisa nessa área, mais na proteção do que em relação ao ato infracional, considerado muito difícil em relação a mudança de comportamento desses adolescentes. Conforme mencionado “acredito muito na Primeira Infância até os 6 anos onde se dá a formação da personalidade depois é preciso correr atrás”. Essa perspectiva também foi abordada por outra interlocutora

Eu sempre tive a predileção pela área da infância e juventude com a ideia assim de que é uma área onde ainda se consegue fazer algum trabalho, vamos dizer assim de transformação. Só que eu penso assim que essa transformação deve ocorrer antes do ato infracional, até pela experiência que eu tenho nessa área, não que seja ineficiente a responsabilização dos jovens, mas a gente vê muito pouca eficácia (...) cada vez a gente vê mais que os processos de formação começam nos primeiros anos que são os mais significativos pra formação do caráter, da personalidade, da psicologia da criança, especialmente dos 0 aos 6 [anos de idade] (Larissa).

Algumas narrativas trazem à tona uma perspectiva considerada “mais positiva” em relação aos/às jovens envolvidos com atos infracionais, conforme explicado por outra agente deste campo:

Tu deve já ter percebido que eu falei os guris, os meninos. Tenho amigos e as próprias colegas que dizem “Ah os teus guris...”, “Ah tu fala dos guris como se fosse uns guris...” Sim, mas são. São adolescentes que estão numa situação em que não deveriam estar. O que eu penso é assim se tu pegar esses guris que estão lá e que muitos têm desvio de conduta acentuado... que aí a gente poderia tratar de diversos fatores, mas assim... muitos tem uma essência boa, sabe? Eles têm uma essência boa e eles gostariam que essa essência dominasse a vida deles, mas eles não conseguem porque é uma situação em que eles se veem que eles não tem saída a não ser entrar pra essa vida que é complicada, sabe? Eles não tem saída assim, eles não tem... Eu identifico e eu qualifico como guris que cometeram coisas erradas sim, algumas coisas muito graves sim, só que se a gente for ver a história de cada um deles são situações diferenciadas da maioria (Lorena).

A mesma interlocutora abordou outras dimensões da vida desses jovens, e ao mesmo tempo, mencionou a questão da “essência” desses sujeitos fazendo referência explícita à dimensão subjetiva destes, além de trazer à tona a dimensão estrutural que influencia o envolvimento com o ato infracional à medida em que reforça que esses “guris não têm saída”.

2.3. “AUSÊNCIA” DE REFERENCIAL ÉTICO E VALORES

Outras percepções dos membros do sistema judiciário e das equipes técnicas, em relação aos jovens que chegam ao sistema de garantia de direitos, se referem à ausência de conceito ético, considerado difícil de introjetar valores a partir de determinada idade ou do ato cometido. Além disso, a falta de empatia do adolescente em relação ao outro também foi mencionado por Flávia como algo marcante ao reconhecer os jovens que participam das audiências de apresentação e instrução do processo. Esboçou ainda sua percepção a partir das audiências realizadas: “eu percebo uma ausência de senso crítico, se consideram como vítimas,

que o Estado está agindo contra eles... chegam achando que nós devemos alguma coisa pra eles”.

É possível perceber através dessa fala que há nesse campo diferentes formas de reconhecimento desses jovens por parte dos agentes do Estado, em que alguns momentos acentuam um tipo de maior compreensão e positividade em relação aos atendidos pelo judiciário, e que por vezes, os percebem como responsáveis pela sua condição. A interlocutora ao mencionar que “eles” se consideram vítimas aponta para uma discordância dessa visão de vitimização desses adolescentes e aponta para uma perspectiva de maior responsabilização desses, através do aumento do tempo de internação, por exemplo, para que “eles entendam que dá” alguma coisa, além de defender a necessidade de garantir o caráter retributivo na MSE, incluindo a possibilidade da formulação de um Código Penal Juvenil, tendo em vista sua condição de adolescentes (em desenvolvimento). Assim, podemos perceber que por vezes o reconhecimento da dimensão de desenvolvimento está associado ao caráter psicologizante, não levando em consideração outras áreas do conhecimento, como a própria Sociologia da Juventude, para discutir o que é ser jovem e os aspectos sociais que envolvem a construção que define o que é a juventude.

Outro membro do judiciário também abordou a questão da falta de referencial ético e mencionou o uso de drogas como algo recorrente para esses jovens:

e também a questão você muitos adolescentes falando... falta de referencial ético né, você usa drogas “não, só maconha”, por exemplo, pra ele não sei de onde ele tira isso, que maconha não é droga. Por que disso aí eu não tenho a menor ideia... aliás isso é outra coisa que me chama atenção. Drogas pra ele é crack. Eu sempre falo pra eles ... mas maconha é droga. “Ah é maconha é droga”. Mas tem que avisar (Jorge).

Assim, é observável que embora seja abordado o termo “falta” de referencial ético e de valores, esses jovens possuem outras lógicas de valoração, vinculadas aos grupos aos quais pertencem. Nesse sentido, não seria uma ausência total de valores ou referências éticas, mas suas referências e elementos de valoração diferenciam-se daquilo que socialmente foi estabelecido como o correto.

2.4. CONFIGURAÇÕES ENTRE AGÊNCIA E ESTRUTURA: FAMÍLIA, ESCOLA E POBREZA

Ainda que determinados fatores sejam elencados como comuns a esses jovens, como a baixa escolaridade, a evasão escolar, o contato com a violência

desde muito cedo na família ou espaço territorial que estão, a família considerada como desagregada ou desajustada e sua condição socioeconômica, existe recorrentemente a ênfase na dimensão subjetiva e comportamental dos sujeitos. Isso evidencia-se no modo de que falam sobre o período de formação que esse jovem encontra-se, característico dessa “fase” da vida, quando o corpo e a mente são reconhecidos em processo de amadurecimento, desconsiderando que os fatores elencados, ou seja, as condições de desenvolvimento também interferem na socialização e formação da subjetividade desse sujeito. Assim, embora esses jovens sejam considerados como pertencentes à população de baixa renda e famílias muitas vezes em condição de pobreza, espera-se um comportamento socialmente mais adequado destes, como por exemplo mencionado por Flávia ao relatar que percebe esses adolescentes “sem conceito ético, ausência de senso crítico, falta de empatia” ou por Jorge ao mencionar a “falta de referencial ético” para conduta desses jovens.

Além disso, percebe-se também o entendimento de que é muito difícil uma mudança desse adolescente, dando maior ênfase à dimensão da personalidade, e menos à dimensão estrutural que também envolve esse grupo juvenil. Ou seja, parte da rede acentua a importância da mudança “interna” desse adolescente, que ele precisa “querer” mudar, enfatizando a dimensão individual para a possibilidade de mudança.

Ainda assim, todos entrevistados ao reconhecer os jovens atendidos por eles, discorreram também sobre seu contexto social, como pode ser observado nos trechos abaixo:

O que eu posso te dizer quem é o adolescente que mais enfrenta as investigações da polícia são sem dúvida aqueles adolescentes de uma faixa mais pobre, adolescentes que vem de uma família desestruturada e que certamente já convivem com a violência desde muito cedo. Inclusive adolescentes que se tivessem tido algum tipo de apoio, de amparo... muitas vezes até de tratamento de alguma doença mental que tem, teve e que nunca foi diagnosticado, tratado e aquilo acaba se avolumando no futuro. Então você alia pobreza, um adolescente que não teve um cuidado, muitas vezes um pai ausente principalmente, um adolescente que já conviveu com a violência desde cedo, já em contato com a droga muito cedo... você tem um sentimento dúbio em muitos deles, você [tem] a questão da repressão, mas também a questão da proteção da assistência. É diferente trabalhar com o menor... (...) Na área da infância e da juventude você tem ao mesmo tempo a repressão e a proteção. Então tem que tentar harmonizar esses dois conceitos em relação... porque ele é alguém que praticou um ato infracional, mas é também alguém que está precisando de ajuda. Claro que existem aqueles adolescentes que

são na realidade sociopatas, por mais que o Estado, a família, a sociedade cuide dele, ele nunca vai ter esse conhecimento e sempre vai praticar atos antissociais, sempre vai ser uma criatura desviante, criminosa, assim como os maiores de idade (Jorge).

O excerto elucida a importância de compreender as duas dimensões que envolvem a área da infância e da juventude no âmbito jurídico e da assistência social no Brasil. O jovem que cometeu um ato infracional apresenta uma dupla característica, ou seja, é ao mesmo tempo alguém praticou uma conduta considerada ilegal e que em alguns casos praticou algum tipo de violência a alguém, mas que também não teve seus direitos previstos pelo ECA, garantidos pelo Estado até chegar àquela situação. As narrativas mais pessimistas parecem ignorar que o adolescente que cometeu um ato infracional teve e permanecerá com seus direitos violados à medida que os direitos previstos no ECA não forem promovidos. Portanto, a proteção é vista como algo anterior e não concomitante com a responsabilização, como se ao praticar o ato infracional, a preocupação com esse jovem envolvesse apenas a responsabilização e mudança pessoal, sem levar em consideração as condições de acesso aos direitos até o momento negligenciados. Essa não é uma unanimidade, e sim uma das visões concorrentes com aquela, nesse campo que envolve a dimensão jurídica do ato infracional.

2.5. JOVENS COM DIREITOS VIOLADOS/NÃO GARANTIDOS

A violação de direitos aparece como outra característica fortemente presente entre os jovens do sistema socioeducativo.

Quem é? Muitos deles não sabem escrever o seu próprio nome, a sua data de nascimento, sabem só o ano que nasceram. Violação de direitos lá na infância. Menos estrutura para se desenvolver. É visível o grau de violação de direitos por isso entende que é importante investir lá na proteção (Flávia).

Ao discorrer sobre os adolescentes atendidos no Sistema Socioeducativo na Comarca de Pelotas, outra característica apresentada como recorrente a esses sujeitos foi a sua condição socioeconômica e de suas famílias. A “pobreza”, a ausência de recurso patrimonial, foi mencionada de forma unânime pelos entrevistados, conforme informado nas narrativas “A pobreza ela leva a uma carência de acesso a digamos assim... a uma rede de assistência que as crianças e os adolescentes tem geralmente numa família mais provida de recursos, uma escola, um atendimento médico, um atendimento psicológico”; “(...) falta de estrutura familiar, mais (...) mais violência que contribuem para o ato infracional”; “baixa

escolaridade, famílias desagregadas, geralmente moradores de periferia, moradores de bairro dominados por facções, bairros com fluxo muito grande de tráfico de drogas e acaba existindo cooptação. Eles... muitos adolescentes, um número muito grande de adolescentes com pai preso, muitas vezes pai e mãe presos. Muitas vezes adolescentes com irmãos mais velhos já ambientados num ambiente de ato ilícito, às vezes tios assassinados”.

O exposto acima demonstra que há outras variáveis que configuram a vida e são presentes na construção desse sujeito social, de seus valores, e da própria possibilidade de escolhas nesse contexto que o circunda. As características elencadas sobre a parcela juvenil envolvida com atos infracionais vai ao encontro de outras pesquisas que abordam o perfil dos adolescentes que estiveram ou estão em cumprimento de MSE no Brasil, assim como de outras dimensões que envolvem a vida desses jovens.

Volpi (2015) discute que é equivocado do ponto de vista sociológico atribuir a miséria à produção de violência, pois a relação entre as duas não é biunívoca. Trabalha-se com a noção de que a violência é provocada por vários fatores que, dependendo do contexto, ela se configura das mais diferentes formas. Para Tavares dos Santos (2009, p. 11)

dentre as novas questões sociais mundiais, constitui-se uma crise da sociabilidade, chegando no limite, às manifestações de violência, fenômenos que adquirem novos contornos e passando a disseminar-se por toda a sociedade uma violência difusa.

A fim de compreender uma mundialização dos conflitos sociais e as práticas de violência, na sociedade contemporânea, Tavares dos Santos (2009) busca subsídios não apenas nos processos de exclusão social e econômica como também na ruptura das relações de alteridade, rompendo o vínculo entre o eu e o outro. Foi percebido ao longo da pesquisa que essa ruptura de vínculos também é notada por diversos agentes que trabalham nas MSE, pois analisam que os jovens que têm ingressado no sistema socioeducativo apresentam uma “carência” de relações afetivas de vínculo (seja na família ou entre amigos), pois como os próprios membros da rede relatam “nesse mundo” eles não têm amigos, não podem confiar em ninguém, veem os colegas (ou “cupinchas”) matar e morrer e aquele que andava junto com ele num “embolamento” pode “entregar” ele.

Outro elemento que configura a dimensão de renda (ou classe) desses adolescentes e suas famílias é o fato da presença de um advogado de defesa ser constantemente um membro da Defensoria Pública, conforme explicou um dos

promotores:

E sempre tem assistência de um advogado. Sempre! Tem um advogado junto. Não tem audiência de apresentação sem um advogado. Quase sempre é da defensoria pública. Na infância e juventude, raramente tu encontras ato infracional, pelo menos quando eu atuava, com participação de advogado contratado (Renato).

3. A PERCEPÇÃO DOS AGENTES JURÍDICOS INSTITUCIONAIS EM RELAÇÃO AOS ATOS INFRACIONAIS

Ao mesmo tempo que é importante compreender como os agentes institucionais reconhecem esses jovens, também considera-se importante entender como eles percebem os atos infracionais cometidos por esses jovens, seja em relação aos atos mais cometidos, os que mais chamam sua atenção e com o que, em suas perspectivas, os atos estão relacionados. Assim, através das entrevistas semiestruturadas realizadas se pode elencar os fatores recorrentemente mencionados como influenciadores para o cometimento de ato infracional, a saber: a evasão escolar, o consumo de drogas; tráfico de drogas; meio em que vivem, a violência como uma constante, a “desestrutura” familiar e a condição socioeconômica desta e a violação dos direitos na infância e adolescência. Os elementos identificados serão discutidos nos próximos tópicos. A fala do Renato reúne várias dimensões que foram elucidadas por diferentes agentes do campo, em relação à complexidade que envolve a prática de atos infracionais:

As causas são muito complexas que levam o adolescente a praticar ato infracional. Normalmente o pano de fundo tem sempre uma questão relativa ao grupo familiar. Normalmente esse grupo familiar é totalmente desajustado ou desajustado em parte. Isso gera problemas na imposição de limites... A questão financeira e patrimonial também. Normalmente (não é uma regra), mas a maioria das famílias dos adolescentes têm pouco poder aquisitivo. Nessa fase que tu queres adquirir e ter coisas e aí não tem essa possibilidade. Tanto que a maior parte dos atos infracionais são patrimoniais, ms há também atos infracionais de homicídio, estupro e outras coisas mais. Então esse [do qual estava falando] é apenas um dos fatores. Então o desajuste da família, a questão patrimonial, a questão da drogadição, a questão da ausência de expectativa de construção de um futuro melhor pelos meios tradicionais, a evasão escolar, o abandono da escola, baixa auto-estima, a violência intrafamiliar. Tudo isso é fator de construção para a prática do ato infracional, não tem um fator só.

3.1. ATOS INFRACIONAIS MAIS VIOLENTOS

Em relação aos atos infracionais cometidos pelos adolescentes, há a percep-

ção do agravamento dos atos conforme mencionado anteriormente. No que refere-se à percepção de quais atos são mais cometidos, as explicações apresentam diferenças, pois alguns mencionaram a maior incidência de homicídios, enquanto outros citaram o roubo como o ato mais recorrente.

Hoje os adolescentes já iniciam praticando roubos, ou seja, né, subtração com violência ou grave ameaça à pessoa. O ato infracional de furto é muito raro acontecer ou talvez as pessoas já nem registrem porque acham que aquilo não é importante, mas assim, na prática não se tem ...há... é muito difícil ter furtos ou qualquer ato infracional sem violência ou grave ameaça, hoje. Claro o porte de arma, o tráfico, né que na verdade são sem violência também são atos infracionais graves e que acontecem bastante, e que dão ensejo a medidas em meio aberto, ainda né... (Larissa).

A explicação de Larissa aborda a relação do tráfico de drogas com o cometimento de ato infracional pelos adolescentes. O uso de substâncias psicoativas ou envolvimento com o tráfico de drogas é delegado pelos agentes como um dos fatores primordiais atualmente para o envolvimento com delitos, seja o porte de arma, o roubo ou o homicídio, de modo que o uso de drogas é algo recorrente entre esses sujeitos. Segundo os demais entrevistados, há uma relação entre roubar para sustentar o vício e aos poucos ir se envolvendo com facções criminosas, o que envolve os atos já comentados como também o fato de morrerem de forma muito precoce e inesperadamente.

As entrevistas apresentam de modo geral o tráfico de drogas e sua relação com os atos infracionais, O homicídio mesmo tem relação muitas vezes com o tráfico, dívida de tráfico e é um propulsor para outros atos como o roubo e latrocínio”; por exemplo. Outros interlocutores percebem as causas as quais os atos estavam relacionados, conforme pode ser observado abaixo:

Ao tráfico de drogas. Drogas de uma forma geral e muito especificamente ao tráfico de drogas... porque o adolescente que usa drogas ele rouba ele acaba praticando um rouba pra sustentar o vício dele. O adolescente que mata alguém.... Se for investigar a fundo isso a maioria dos homicídios que nós temos ali no CASE são homicídios praticados em decorrência do tráfico de drogas. Ou matou um da facção contrária, ou matou porque a facção matou o irmão, matou um primo e aí eles foram lá e mataram os outros....(Lorena)

A iniciação criminal foi abordada por Rolim (2016) ao estudar jovens em cumprimento de MSE de internação no RS. Conforme Rolim (2016, p. 163), “a maioria dos jovens internos na FASE por delitos com grave violência vinculou suas trajetórias ao tráfico de drogas desde o início da adolescência”. A pesquisa

realizada recentemente que originou o livro “A Formação de Jovens Violentos: Estudo sobre a etiologia da violência extrema” (ROLIM, 2016) colabora para compreender tanto o perfil agravado mencionado por esses interlocutores, assim como identifica a inserção no tráfico de drogas como uma constante presente na vida desses adolescentes.

3.2. DROGA, USO, CONSUMO E RENDA

O uso de substâncias psicoativas foi abordado pelos agentes do Fórum, da Defensoria Pública e do MP como uma característica recorrente referente a esses adolescentes, especialmente o uso da maconha. Dentre os múltiplos fatores elencados como concorrentes para o envolvimento com atos de violência ou a criminalidade.

Sem dúvida uma multiplicidade de fatores... eu vejo assim, primeiro lugar a questão das drogas, existe um acesso muito fácil ao acesso a drogas e drogas forte, principalmente de consumo e isso é muito preocupante, você vê jovens de 14, 15 anos usando drogas pesadas principalmente o crack que é uma droga que vem assolando as comunidades mais pobres, a pessoa sem nenhuma estrutura emocional, material, pra lidar com isso, com o filho drogado. Você tem crimes sexuais que são praticados muitos envolvendo a questão de drogas, as drogas levam a praticar crimes, se o adolescente não esteve sob o efeito de drogas, provavelmente não praticaria o ato. (...) A droga é um problema de saúde pública muito grave e atinge todas as esferas, principalmente a nossa população de baixa renda, não que a população de alta renda, ela usa drogas também, obviamente que sim, mas ela tem condições de lidar com problema da droga de forma muito melhor... você tem aqueles que usam drogas de forma eventualmente, mas ele tem o suporte pra fazer... (Jorge).

O envolvimento de adolescentes e jovens com a violência no Brasil tem suscitado muitos estudos tendo em vista a seriedade do problema, especialmente porque a violência tem se traduzido constantemente em práticas letais (ROLIM, 2016).

O envolvimento com essas práticas delituosas tem sido discutido por diversas áreas como a Psicologia, Criminologia, Sociologia, Educação, a fim de compreender o que leva o envolvimento com atos infracionais. As abordagens sobre o tema enfatizam diferentes perspectivas, Rolim (2016, p. 114-115) afirma, por exemplo, que “o estágio atual das pesquisas etiológicas sobre crime e violência não permite identificar com precisão as conexões entre as variáveis macroestruturais (classe social, etnia, mobilidade) e micro estruturais (interação entre pais e

filhos, disciplina) com o controle social informal”. Isto exigiria uma nova teoria criminológica que, para Sampson e Laub (1995), deveria incorporar os seguintes elementos: “1) família e escola (...); 2) os comportamentos antissociais das crianças e adolescentes (...); vínculos informais no mundo adulto (casamento, nascimento de filhos e emprego estável)”. Segundo Rolim (2016), a teoria desses enfatiza os efeitos do controle informal na infância, na adolescência e no mundo adulto como centro de seu modelo teórico.

3.3. AS CONFIGURAÇÕES DO ATO INFRACIONAL: A FAMÍLIA E A ESCOLA

Nessa teoria, o papel das famílias assume uma importância maior ao passo que quatro fatores são elencados colaboradores para a delinquência entre os jovens, a saber: a disciplina errática, ameaçadora e fortemente punitiva por pais e mães; supervisão fraca; rejeição das crianças pelos pais; vínculos e motivos frágeis entre pais e filhos. Nesse contexto, a estrutura social é compreendida como uma influenciadora indireta por meio de seus impactos nas famílias (ROLIM, 2016).

Em relação à escola, na perspectiva do controle social, assim como a família, essa instituição é importante para a socialização desses sujeitos na prevenção do comportamento delinquentes, pois se entende que os professores estão melhor preparados para “lidar” com esse adolescente além de serem legitimados pela autoridade da escola. Além disso, o vínculo com a escola seria um fator de prevenção à prática de ato infracional, por exemplo. Rolim (2016) ao abordar a dimensão escolar discute os dados do estudo dos Gluecks que, segundo ele, demonstraram que os jovens envolvidos com a delinquência possuem uma tendência muito maior a não concluírem seus estudos, do que os jovens não envolvidos. Isso remete a outro elemento citado nas entrevistas: a evasão escolar ou a defasagem escolar dos adolescentes em cumprimento de medida socioeducativa na Comarca de Pelotas.

Primeira coisa... o que mais salta aos olhos é a baixa escolaridade. São guris que não frequentam a escola ou se frequentam de uma forma muito precária porque a grande maioria deles chega ali no CASE com uma escolaridade baixíssima e a escola... quando eu falo a ausência de escolaridade não é só a questão da escolaridade formal, é a escola enquanto instituição de ensino, de preparo pro trabalho de vinculação com pessoas, com professor, com pessoas que muitas vezes servem de exemplo, visualiza no professor aquela figura da pessoa que te passa conhecimento. É a escola de uma forma bem abrangente (Lorena).

Também a questão envolvendo uma grande quantidade de adolescente envolvidos

com a evasão escolar, então adolescentes que estão fora da escola, com pais ou uma mãe que não tem autoridade nenhuma sobre o adolescente, absolutamente nenhuma, então isso obviamente acaba esbarrando na polícia, e posteriormente na justiça, que é o único momento que o adolescente tem um freio (José).

Outro elemento considerado pertinente para a prática do ato infracional é o meio social onde esse adolescente está inserido. O bairro em que reside, a presença de facções criminosas vinculadas ao tráfico de entorpecentes, o acesso e garantia a direitos como saneamento básico, por exemplo, foram mencionados como situação propícia para o envolvimento com delitos, somados a outros itens discutidos até o presente momento.

Pra mim esse é um grande problema porque ele se cria num local que acaba muitas vezes induzindo a participação dele em ato infracional, que se ele não estivesse ali ele não teria praticado e aí ele vai pra dentro do CASE ele sai exatamente pro mesmo lugar e todas aquelas circunstâncias que levaram ele a praticar o ato infracional continuam ali. Às vezes a gente pensa “ah que absurdo a reincidência”, mas assim é tu não querer enxergar uma realidade (...) a gente anda por esses bairros, o esgoto corre na frente da casa da pessoa, as pessoas não tem moradia, luz, não tem condição de comprar uma cesta básica pra sua família porque as pessoas não trabalham, não tem condições de tomar um banho pra procurar um emprego... não tem condições (Lorena).

Relacionado ao contexto de vida desses adolescentes que envolvem o local de moradia, a “desestrutura familiar” e a condição socioeconômica das famílias são elencados como fatores que contribuem para atos delituosos. Conforme um dos entrevistados “a pobreza ela leva a uma carência de acesso a digamos assim... a uma rede de assistência que as crianças e os adolescentes têm geralmente uma família mais provida de recursos, uma escola, um atendimento médico, um atendimento psicológico”.

A violação de direitos na infância, além de estar presente na percepção dos agentes sociais sobre os atos infracionais, também apareceu sendo considerado como um fator “importante” para o envolvimento com atos infracionais. Existe o reconhecimento entre os agentes da necessidade de investir na proteção, na garantia dos direitos na infância como forma de evitar o envolvimento com a criminalidade. A percepção sobre a violação de direitos constante na trajetória de vida desses jovens foi abordada diretamente por duas entrevistadas do campo jurídico:

Uma série de violações desde a questão do atendimento pré-natal a gestante, começa aí na primeira infância, ausência de vaga em creche, escola, ensino público de baixa qualidade” (Lorena).

muitos deles não sabem escrever o seu próprio nome, não sabem sua data de nasci-

mento, sabem só o ano que nasceram. Uma série de violação de direitos lá na infância e com isso menos estrutura para se desenvolver. É visível o grau de violação de direitos por isso entendo que é importante investir lá na proteção (Flávia).

O não acesso aos direitos fundamentais da criança e do adolescente, garantidos constitucionalmente pelo ECA, é percebido como fato comum entre aqueles que são atendidos pelo Judiciário. Porém, embora identifiquem a violação de direitos tanto na infância como no contexto de vida atual dos adolescentes, percebido como fato importante para envolvimento com o ato infracional, voltam seu olhar para a infância ao retomar a importância de se investir na proteção, especialmente das crianças. Com isso, percebe-se a existência de uma ênfase e crédito à atenção básica, que não se faz em relação à garantia de direitos dos adolescentes e suas famílias que ao que tudo indica, continuam com seus direitos sendo violados no que se refere à saúde, educação, saneamento básico, etc.

Para Tavares dos Santos (2009, p. 11), dentre as novas questões sociais mundiais, constitui-se uma crise da sociabilidade, chegando no limite, às manifestações de violência, fenômenos que adquirem novos contornos e passando a disseminar-se por toda a sociedade, uma violência difusa”. Nesse sentido, a violência difusa também permeia a vida desses jovens em seus territórios de moradia, seja através da repressão policial ou pela própria lógica do tráfico de drogas como uma presença constantes nos bairros onde residem.

Para Castro (2009), a recorrência na identificação dos jovens com comportamentos violentos e a explicação de certos comportamentos a partir de questões relativas à violência são elementos que se destacam em diversos textos que abordam a relação entre juventude e violência. Essas associações podem ser articuladas à violência intrafamiliar, à inclusão social por meio do consumo e a associação à gangues. Todas essas percepções articulam-se nas entrevistas realizadas com aqueles que trabalham diretamente no atendimento a esses adolescentes. Deve-se porém ressaltar que parecem existir diferentes graus de violência praticados pelos adolescentes, o que se faz atenção para não caracterização desses adolescentes como uma totalidade de perfil mais gravoso, considerando uma homogeneidade naquilo que os agentes entendem como violência.

4. A PERCEPÇÃO DOS AGENTES JURÍDICOS INSTITUCIONAIS EM RELAÇÃO AO SISTEMA NACIONAL DE ATENDIMENTO SOCIOEDUCATIVO (SINASE)

A Justiça Penal Juvenil modificou-se, especialmente devido à Lei no

12.594/2012, que institui o Sistema de Atendimento Socioeducativo (Sinase), que regulamenta a execução das medidas socioeducativas destinadas a adolescente que pratique ato infracional. Anteriormente a essa legislação, vigorava apenas a Resolução do CONANDA no 113 de 2006 (artigo 30, inciso II) que foi contemplada pela Lei 12.594/12. A responsabilidade pelo atendimento dos jovens e da execução das medidas era responsabilidade das Varas da Infância e da Juventude, vinculadas à Justiça (Medida Socioeducativa - MSE em meio aberto) e às unidades federativas, através dos Centros de Atendimento Socioeducativo (MSE em meio fechado). Com a municipalização das MSE em meio aberto, o Centro de Referência Especializado em Assistência Social (CREAS) passou a ser a instituição responsável pela execução desse tipo de medida.

No Rio Grande do Sul (RS), a Lei no 11.800/2002 dispõe sobre execução de medidas socioeducativas de internação e de semiliberdade, dando nova redação à Lei nº 5.747 de 17 de janeiro de 1969, e autoriza o Poder Executivo a criar a Fundação de Proteção Especial do Rio Grande do Sul voltada à execução das medidas de proteção da criança e do adolescente. Autoriza a criação da Fundação de Atendimento Socioeducativo do Rio Grande do Sul (FASE-RS). Em Pelotas, a rede de atendimento socioeducativa possui uma Unidade Regionalizada de Internação – Centro de Atendimento Socioeducativo (CASE), uma Unidade de Semiliberdade – Centro de Atendimento em Semiliberdade (Casemi) e um Centro que executa as medidas socioeducativas em meio aberto (Prestação de Serviço à Comunidade e Liberdade Assistida) – Centro de Referência Especializado de Assistência Social (CREAS I)².

O SINASE, que foi instituído pela Lei 12.594 em 2012, tem como finalidade regulamentar a execução das MSE e é composto pelos estados, municípios e distrito federal que devem elaborar seus planos socioeducativos em cada nível de responsabilidade, assim como as demais políticas públicas destinadas aos adolescentes em conflito com a lei. A partir desses marcos legais, a atenção ao adolescente em cumprimento de MSE foi constituindo um Sistema Nacional, tornando-se uma política pública articulada e com características específicas: a Política da Socioeducação, documento que vem somar-se à normatização citada e deve ser interpretada a partir dela (SINASE, 2016).

Os agentes jurídicos manifestaram várias percepções sobre o SINASE. Alguns, relataram o desafio de executar o sistema tendo em vista as limitações do Estado em cumprir suas obrigações. Outros, enfatizaram a importância do

2 As execuções das medidas socioeducativas no meio aberto foram municipalizadas no ano de 2003.

trabalho em rede com os demais órgãos que compõem o Sistema de Garantia de Direitos.

Em relação ao SINASE, há percepções que o compreendem como positivo ainda que existam desafios na sua efetiva implementação, enquanto outros entendem que faz-se necessário uma atualização do mesmo perante a realidade atual do sistema socioeducativo. As diferentes percepções sobre o SINASE demonstram a importância de compreender as percepções dos agentes estatais que trabalham diretamente com a justiça juvenil e com os sujeitos por ela atendidos.

5. CONCLUSÃO

Ao discutir as narrativas dos agentes pertencentes ao campo jurídico, foi observado que existem nesse espaço social basicamente duas percepções: um que ao reconhecer as dificuldades do adolescente e suas condições de vida violações de direito entendem que é necessário valorizar e promover melhor atenção à primeira infância, momento considerado crucial para a formação da personalidade, e assim, centram forças na proteção, pois entendem que há poucas possibilidades de êxito na responsabilização; e outros, entendem que é possível uma mudança de vida desse adolescente e, assim, enfatizam a importância do sistema socioeducativo. O comum às duas perspectivas, além da visão de pessoa em condição peculiar de desenvolvimento, foi que ambas acentuam a dimensão individual, de agenciamento da conduta dos adolescentes em conflito com a lei. Isso pode ser observado, inclusive para elogiar os adolescentes, ao se referir a sua índole ou essência, ou seja, ambas as formas de reconhecimento estão baseadas na pessoa, no sujeito e na dimensão psicológica que envolve o grupo juvenil.

As categorias de “direitos violados” e “proteção à infância” ajudam a compreender a configuração do campo, pois parte dos agentes do Sistema de Garantia de Direitos enfatiza a proteção da infância como a principal ação a ser realizada como um ato do Estado, tendo em vista a dimensão preventiva ao envolvimento com a violência ou a prática de ato infracional. Nesse sentido, há uma unanimidade em reconhecer a importância de investir na garantia de direitos do que é considerado infância e adolescência, porém, há a aproximação de agentes que enfocam a garantia de direitos como um ato de Estado que deve ser destinado àqueles sujeitos que se encontram na esfera da proteção (ou baixa complexidade, na terminologia da assistência social), aqueles que são em tese público alvo dos CRAS dos territórios, matriculados na escola e que minimamente, ainda que se encontrem numa parcela “vulnerabilizada” da população, têm condições de

vivenciarem uma trajetória de integração na sociedade.

O foco analítico de Elias (2008) considera a dinâmica inerente às inter-relações que os indivíduos em sociedade mantêm entre si; e que por sua vez, engendram as mais variadas configurações sociais. É por isso que sua teoria colabora para refletir como a teia de interdependência configura as diferentes maneiras de compreender os jovens em conflito com a lei em Pelotas, considerando que essas configurações não são estáticas, mas se reconfiguram conforme mudam os agentes e/ou as relações de poder entre eles.

Por meio da discussão das categorias elencadas a partir dos agentes do campo jurídico é possível perceber aproximações em determinadas categorias e distanciamentos em outras. De modo geral a configuração do campo tem na enunciação dos seus discursos uma tônica de um “perfil” mais gravoso dos jovens, atos mais violentos, o envolvimento com o tráfico de drogas, a fragilidade dos laços familiares, a evasão escolar, a violação de direitos como características comuns a esse grupo juvenil. No entanto que a mudança não envolve o “perfil” desses jovens mas sim as ações praticadas por eles, pois ao abordarem quem são os jovens atendidos no sistema socioeducativo as características permanecem as mesmas: jovens em vulnerabilidade, em condição de pobreza ou extrema pobreza, oriundos de famílias com núcleos familiares desagregados ou laços familiares frágeis, residentes em bairros de periferia etc. Portanto, o que apresenta mudança não é o “perfil do jovem”, mas o “perfil da ação” desses sujeitos e nesse sentido, deve-se atentar para não incorporar ao jovens o ato infracional como coisas comuns e inseparáveis.

Também foi identificado que o reconhecimento sobre esses adolescentes envolve duas noções distintas de juventude: uma que aponta para a tematização da juventude pela ótica do “problema social” e está ligada ao desvio e a não integração dessa população na sociedade, configuração estabelecida especialmente pelo campo jurídico e a compreensão da juventude como um momento de transição no ciclo de vida, uma fase em que o sujeito está em desenvolvimento e formação, abordada com menor ênfase pelos agentes jurídicos.

Por meio deste artigo, buscou-se contribuir com as reflexões sobre juventude, a fim de somar outras possibilidades de compreensão sobre o campo jurídico que faz parte de uma complexa rede de instituições, agentes e campos que compõem o Estado e tomam decisões em relação aos jovens no campo das medidas socioeducativas.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ANDRADE, Carla Coelho. Entre gangues e galeras: juventude, violência e sociabilidade na periferia do Distrito Federal. **Tese** (Ciências Sociais) Universidade de Brasília, 2007. 276 p.
- BOURDIEU, Pierre. **Sobre o Estado: Cursos no Collège de France (1989-92)**. 1. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2014.
- BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Promulgada em 5 de outubro de 1988.
- BRASIL. LEI No 12.594, DE 18 DE JANEIRO DE 2012. **Do Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo (sinase)**. 2012. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/_Ato2011-2014/2012/Lei/L12594.htm>. Acesso em 27 nov. 2018.
- BRASIL. **Lei no 8.069, de 13 de junho de 1990**. Estatuto da Criança e do Adolescente.
- CASTRO, João Paulo Macedo. **A invenção da juventude violenta: análise da elaboração de uma política pública**. Rio de Janeiro: E-papers: Laced/Museu Nacional, 2009.
- ELIAS, Norbert. **Introdução à Sociologia**. Lisboa: Edições 70, 2008, pp. 13-34.
- ELIAS, Norbert. **Conceitos sociológicos fundamentais**. In: Escritos & Ensaios. NEIBURG, Federico; WAIZBORT, Leopoldo. (Org.). Rio de Janeiro: Zahar, 2006, p. 21-33.
- ELIAS, Norbert. **O processo civilizador: Formação do Estado e Civilização**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 1993, v. II.
- PAIS, José Machado. A construção sociológica da juventude — alguns contributos. A construção Sociológica da Juventude. **Análise Social**, vol. XXV (105-106), 1990 (1o, 2o), 139-165.
- PAIS, José Machado. **Culturas Juvenis**. Lisboa, Imprensa Nacional - Casa da Moeda, 2003.
- ROLIN, Marcus. **A formação de jovens violentos: Estudo sobre a etiologia da violência extrema**. 1.ed. Curitiba: Appris, 2016.
- TAVARES DOS SANTOS. J.V. **Violências e conflitualidades**. Porto Alegre: Tomo Editorial, 2009.
- VOLPI, Mário. **O adolescente e o ato infracional**. São Paulo: Cortez. 1997.

O MÉTODO DA ENTREVISTA COGNITIVA PARA REALIZAR A OITIVA DE MENORES VÍTIMAS DE VIOLÊNCIA SEXUAL NO BRASIL

Alice Marie Freire Gaudiot¹

RESUMO: Nos delitos de violência sexual, os quais normalmente são praticados na clandestinidade, a palavra da vítima é uma das provas mais importantes, o que torna imprescindível que o relato seja o mais fidedigno e detalhado possível. O método tradicional tem se mostrado insuficiente para conduzir entrevistas por tender a manipular a narrativa da vítima e causar sua revitimização ao desconsiderar suas angústias. Isso se agrava quando a vítima é criança ou adolescente, as quais são facilmente sugestionáveis e podem desenvolver falsas memórias do acontecimento. A Entrevista Cognitiva, método elaborado por dois norte-americanos, demonstrou ter evoluído na quantidade e qualidade de informações obtidas, além de fazer com que a vítima veja o Judiciário como local de acolhimento, e não se sinta um mero instrumento de investigação do delito.

PALAVRAS-CHAVE: Métodos de entrevista, Entrevista Cognitiva, Narrativa limpa e fidedigna, Lei 13.431/17.

ABSTRACT: In crimes of sexual violence, usually practiced away from society's eyes, the victim's word is one of the most important evidence, making it essential that their narrative is as reliable and detailed as possible. The traditional method has been insufficient to conduct interviews because it tends to manipulate the victim's narrative and cause his or her revictimization by disregarding their anguish. This is aggravated when the victim is a child or teenager, who are easily suggestible and may develop false memories of the event. The Cognitive Interview, a method developed by two Americans, has shown better results in the quantity and quality of information

¹ Advogada criminal; Pós-graduada em Direito Penal e Econômico pelo Instituto Brasileiro de Ciências Criminais e a Universidade de Coimbra (2019); Graduada em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco (2018).

obtained, as well as making the victim see the Judiciary as a place of reception, and not feel as a mere instrument for investigation.

KEYWORDS: Interview methods, Cognitive Interview, Clean and reliable narrative, Law 13.431/17.

1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho analisará a Lei 13.431/17, que entrou em vigor em abril de 2018 e estabelece o sistema de garantia de direitos da criança e adolescente vítima ou testemunha de violência. Sob o enfoque do direito penal, essa pesquisa se concentrará nos menores de 18 anos que foram supostamente vítimas de abuso sexual, examinando as mudanças trazidas pela Lei ao estabelecer a obrigação de ouvir o menor por meio do depoimento especial, onde as autoridades policiais e judiciárias, com o auxílio de um assistente social ou psicológico, buscarão a autoria e materialidade do crime.

Assim, busca-se demonstrar as técnicas da Entrevista Cognitiva e como a Lei se utilizou de seus princípios para evoluir no tratamento às crianças e adolescentes supostamente vítimas de abuso sexual. Tal método de entrevistas já demonstrou ser mais eficiente do que o método tradicional, uma vez que é menos traumática para o entrevistado e consegue extrair informações superiores tanto em qualidade quanto em quantidade, diminuindo assim a margem de incerteza no julgamento.

Para a realização da pesquisa, diferentes fontes foram consultadas, sendo utilizados diversos livros, sites oficiais dos organismos avaliados, dados secundários, legislações e tratados nacionais e internacionais. Desse modo, procurou-se embasar o texto com os elementos mais fiéis à realidade possível e, assim, ter uma noção mais precisa acerca das mudanças trazidas na condução das entrevistas às vítimas de abuso sexual que têm menos de 18 anos.

2. O MÉTODO DE ENTREVISTA COGNITIVA

2.2. O DEPOIMENTO DA CRIANÇA VÍTIMA COMO PROVA NO PROCESSO PENAL

Os conflitos são uma parte inerente da humanidade. Quando o litígio gera consequências penais e é levado ao Judiciário, cabe ao juiz procurar reconstruir a verdade da forma mais exata possível a fim de realizar o melhor julgamento. Essa

busca pela verdade se dará exatamente por meio daquilo que se chama de provas: comprovações de que um fato aconteceu no tempo e espaço que o réu ou vítima dizem ter acontecido (TOURINHO, 2010, p. 232).

A percepção da realidade é algo relativo – enquanto para o réu pode ser uma, a das testemunhas pode ser outra e a da vítima uma terceira completamente diferente. As partes então se empenham em juntar as provas ao processo e, mediante o raciocínio, convencer o juiz de aceitar como verdade a visão delas (NUCCI, 2016, p. 234). Destarte, para que haja a condenação do réu, é fundamental que as provas levem o juiz à certeza de que a infração penal ocorreu, ou será imperiosa a aplicação do princípio do *in dubio pro reo*, conforme dispõe o art. 386 do Código de Processo Penal.

O testemunho prestado pela vítima é o que se chama de prova pessoal, vez que é fruto da afirmação de uma pessoa (TOURINHO, 2010, p. 236). Apesar de ser quem mais possui informações sobre o conflito, a palavra do ofendido não pode ser vista como absoluta e inquestionável, pois ele pode lembrar do fato de forma exagerada ou seus relatos podem estar contaminados por motivos diversos – por exemplo, ele pode procurar beneficiar o réu que ele teme ou procurar prejudicá-lo por motivo de vingança (LOPES, 2014, pp. 471-473).

Tais possíveis contaminações não significam que a vítima não deva ser ouvida. Em realidade, ela deverá prestar seu depoimento sempre que for possível, uma vez que o juiz poderá assim esclarecer questões acerca do fato e da autoria, e comparar as informações prestadas com as demais provas do processo (TOURINHO, 2010, p. 334). Quanto aos crimes sexuais, os tribunais brasileiros entendem que a palavra do ofendido tem especial valor probatório em razão da clandestinidade com que o delito é normalmente praticado, dificultado a colheita de outras provas. O Tribunal de Justiça de Pernambuco, por exemplo, dispõe em sua súmula 82 que “Nos crimes contra a liberdade sexual a palavra da vítima é de relevante valor probatório”.

Deve haver um cuidado especial com o depoimento da vítima quando esta for criança. A sua palavra e memória podem estar contaminadas não apenas por influência de alguém motivado por vingança, mas também pela própria natureza da criança em fantasiar situações. Para minimizar o risco de condenar um inocente, o juiz deve confrontar o depoimento do menor com as demais provas produzidas em juízo para garantir que sua palavra seja coerente, segura e clara quanto ao fato delituoso, não havendo contradições ou lacunas. No caso das crianças, é inclusive observado o vocabulário com que o menor narra o delito,

pois pode ocorrer de estarem sendo influenciadas por alguém próximo a mentir sobre o abuso – não é comum que uma menina de 5 anos, por exemplo, utilize os adequados termos biológicos ao invés de palavras infantis, sendo isso um grande indício de que haveria alguém a instruindo.

Por outro lado, caso a criança realmente tenha sofrido abuso sexual, é imperioso que seu depoimento seja colhido da forma mais sensível possível. Uma criança vítima de crime sexual já se encontra fragilizada e necessitando de apoio psicológico, e ela pode terminar sendo revitimizada caso o juiz seja incisivo ou rígido em seus questionamentos. Há ainda o agravante de que o abusador é normalmente alguém que faz parte do convívio familiar da criança, pessoas que têm um contato próximo do menor – segundo uma pesquisa divulgada pelo Pro-Paz, entre janeiro de 2015 e abril de 2016, 86% dos casos de abuso sexual infantil no Pará eram cometidos pelo pai, padrasto, avô, professor, tio. O ato ser cometido por alguém com quem a criança normalmente teria uma relação de confiança e proteção aumenta a necessidade de que o depoimento seja acolhedor.

Se o Judiciário foi concebido para ser um lugar onde a sociedade poderia encontrar justiça e alívio, o método atual de entrevista terminou por retirar as vozes das vítimas e torná-las meras partes do processo, agravando o seu sofrimento. Como resultado, as instituições judiciárias que deveriam estar trabalhando para as vítimas terminam fazendo com que estas trabalhem para o Judiciário, ao proceder na coleta do depoimento com formalidade e frieza (GRANJEIRO, 2013, p. 19).

Buscando melhorar a relação do Judiciário com as vítimas, além de possuir uma preocupação em maximizar a precisão dos relatos, o direito começou a integrar-se mais com a psicologia. A ação interdisciplinar demonstrou ser capaz de humanizar uma situação antes tratada como mero formalismo jurídico, permitindo que o entrevistador se aproximasse da realidade do entrevistado e dando um maior sentimento de autonomia e compreensão à vítima (GRANJEIRO, 2013, p. 18). Assim, tornou-se possível conseguir relatos mais seguros por intermédio de entrevistas menos prejudiciais.

2.3. CONCEITUAÇÃO E HISTÓRICO DO MÉTODO DE ENTREVISTA COGNITIVA

Quando as entrevistas forenses se isolam em sua dogmática jurídica, sem devidamente considerar outras áreas de conhecimento e procurando moldar a realidade ao invés de adequar-se a ela, o seu formalismo calculado termina por

agravar o sofrimento psicológico da vítima. Além de lhe causar angústia, a visão da entrevista como se fosse uma mera lista de perguntas a serem seguidas imutavelmente termina por distanciar o entrevistado do Judiciário – local onde, supostamente, ele deveria sentir-se confortável em narrar detalhadamente o sofrido.

Um exemplo de como a entrevista tradicional pode ser prejudicial para o caso ocorreu em 2016 no estado de Pernambuco, quando uma magistrada entrevistou um menino que supostamente sofreu abusos sexuais pelo seu padrasto, e acreditava-se que a sua mãe teria ajudado o réu a cometer os ilícitos.² Contudo, enquanto a criança prestava o seu depoimento, a mãe estava na mesma sala, sentada logo atrás dele, e o depoente se calou. A magistrada que conduzia a entrevista, irritada com o silêncio do menino, começou a elevar o tom de voz e ordenar que ele contasse o que havia ocorrido. Quando a criança, por fim, disse que nada havia acontecido, a magistrada o alertou que ela não gostava de mentiras, e que se ele estivesse mentindo, consequências graves lhe acometeriam. Vale ressaltar que, em diversos momentos da entrevista, o menor tentou se virar na cadeira para olhar para a mãe.

O padrasto desse caso terminou sendo absolvido, porém o modo com que a entrevista foi conduzida impossibilita a Justiça de saber se ele efetivamente praticou o crime ou não. As perguntas fechadas e indutivas, a presença de uma suposta cúmplice do crime no momento da entrevista e a impaciência da magistrada com o tempo da criança para responder – vários foram os fatores que podem ter moldado a narrativa do menor. Ademais, a entrevista foi conduzida de tal modo que a criança, vítima ou não de abuso, certamente verá o Judiciário como um local de violação e não de proteção de sua dignidade.

Com a percepção de que era necessário integrar o direito com outras áreas do conhecimento para aprimorar os resultados da coleta de depoimentos, vários policiais e profissionais jurídicos pediram que os acadêmicos Ronald Fisher e Edward Geiselman desenvolvessem um método que tornasse a entrevista de testemunhas mais eficiente (Hargie, 2004, p. 451). Foi assim que, em 1984, os acadêmicos e seus colegas se utilizaram da Psicologia Cognitiva e Psicologia Social para desenvolver a Entrevista Cognitiva (EC) (POZZEBON & ÁVILA, 2012, p. 384).

Originalmente, a EC buscava apenas trabalhar com técnicas cognitivas para recuperar a memória. Contudo, em 1992 esses dois autores desenvolveram a Entrevista Cognitiva Aprimorada em sua obra “*Memory-Enhancing Techniques*

2 Nomes e detalhes serão aqui ocultados para resguardar o sigilo do caso.

for Investigative Interviewing”, onde revisaram e evoluíram o método para que também envolvesse técnicas de dinâmica social e de comunicação (STEIN, 2010, p. 211). Tal revisão conta ainda com o mérito de ter ajustado as entrevistas ao sistema legal (Fernández, 2009) mediante uma preocupação do entrevistador em estabelecer *rapport* – uma relação de confiança e empatia (ANATALINO, 2009, p. 261) – com o entrevistado por meio da criação de um ambiente acolhedor, da manutenção de uma postura verbal e não verbal de apoio e da adaptação das perguntas conforme o seu nível de compreensão. Em 2009, esse método foi considerado o mais eficiente na recuperação da memória do entrevistado (ROVINSKI, 2009) ao maximizar a precisão e a quantidade de informações coletadas.

Quando uma criança é vítima de abuso sexual, é necessário levar em conta que ela não possui as habilidades de comunicação e de memória ainda plenamente desenvolvidas, além de poder estar traumatizada com a experiência e reticente em rememorá-la (FISHER & GEISELMAN, 2010, pp. 321-328). Se por um lado o entrevistador não tem capacidade de alterar tais fatores, ele possui controle sobre como conduzirá a entrevista – percebe-se, destarte, ser urgente os entrevistadores receberem o devido treinamento.

Ao analisar o método tradicional de conduzir entrevistas, foram identificadas dez falhas que se repetiam mais constantemente pelos entrevistadores forenses:

1. Não explicar o propósito da entrevista
2. Não explicar as regras básicas da sistemática da entrevista
3. Não estabelecer *rapport*
4. Não solicitar o relato livre
5. Basear-se em perguntas fechadas e não fazer perguntas abertas
6. Fazer perguntas sugestivas/confirmatórias
7. Não acompanhar o que a testemunha recém disse
8. Não permitir pausas
9. Interromper a testemunha quando ela está falando
10. Não fazer o fechamento da entrevista (STEIN, 2010, p. 211)

Pode-se acrescentar que outro erro grave cometido pelos entrevistadores é incentivar, direta ou indiretamente, que sejam feitas conjecturas a fim de preencher lacunas da narrativa, provocando assim a falsa memória (FM) e o provimen-

to de detalhes equivocados.

Julgar conflitos, mormente aqueles que ocorrem no espaço familiar, envolve entender a complexidade das relações neles presentes, e a abordagem interdisciplinar da EC permite que o Judiciário tenha uma percepção mais realista e menos reducionista do litígio (GRANJEIRO, 2013, p. 21). Em razão das vantagens apresentadas, a EC foi usada por diversos países como base para a sua abordagem na entrevista investigativa, como a Inglaterra, Irlanda do Norte, Austrália e Canadá (DANDO & MILNE, 2009, pp. 147-168).

2.4. TÉCNICAS E VANTAGENS DA ENTREVISTA COGNITIVA

Após passar por uma revisão em 1992, a EC possui três procedimentos psicológicos basilares: cognição e memória, dinâmicas sociais e comunicação. Há diversos componentes que compõem o primeiro, referente à cognição e memória – alguns elementos da cognição servem para que o entrevistado consiga usar eficientemente seus recursos cognitivos, enquanto alguns da memória buscam explorar seus diversos percursos. O segundo procedimento, que trata das dinâmicas sociais, consiste em desenvolver uma relação de confiança com o entrevistado e incentivá-lo a participar ativamente do depoimento, ao invés de apenas esperar passivamente as perguntas a serem respondidas. Por fim, o procedimento da comunicação envolve a utilização de formas verbais e não verbais para melhor desenvolver a comunicação, além de buscar fazer com que o entrevistado ofereça respostas longas e detalhadas (FISHER & GEISELMAN, 2014, pp. 29-40).

Todas as técnicas desenvolvidas pela EC emanam desses três procedimentos e devem ser adequados ao entrevistado, levando em consideração o seu estado emocional, desenvolvimento cognitivo, habilidades de comunicação, dentre outros fatores. Ao fim, caso a entrevista tenha sido bem conduzida, os métodos terão agido conjuntamente para conseguir coletar as informações da maneira menos danosa ao entrevistado possível.

No livro *Memory-Enhancing Techniques For Investigative Interviewing*, R. P. Fisher e R. E. Geiselman dividiram as técnicas da EC em cinco etapas que dialogam entre si de modo a maximizar a precisão de informações e minimizar os danos psicológicos causados à vítima. As cinco fases são: introdução, narrativa livre, sondagem, recuperação extensiva e, por fim, a conclusão da entrevista (FISHER & GEISELMAN, 1992, p. 145).

A importância da fase de introdução é que, conforme observado por R. P.

Fisher e R. E. Geiselman, a comunicação eficiente entre o entrevistador e o entrevistado – ou, acrescente-se, entre quaisquer duas pessoas – requer uma dinâmica social onde ambos estão sensíveis às demandas do outro (FISHER & GEISELMAN, 2010, pp. 321-328). Tal necessidade se agrava quando se lida com uma criança vítima de abuso sexual, uma vez que ela vê o entrevistador como um desconhecido que está lhe fazendo perguntas pessoais e traumáticas, por vezes são inclusive relacionadas a alguém de sua família.

O estresse mental que é rememorar e narrar os detalhes do abuso sexual, e mesmo a aparência oficial do entrevistador, podem levar ao surgimento de barreiras psicológicas (FISHER & GEISELMAN, 2010, pp. 321-328). Outro obstáculo é a relação social hierarquizada e afastada que as crianças normalmente estabelecem com os adultos, inibindo o menor de detalhar suas narrativas caso não seja expressamente instruído a fazê-lo (ROVINSKI & CRUZ, 2009).

A introdução serve então para estabelecer com o entrevistado uma relação inicial de confiança. Tendo em vista o impacto que a primeira impressão causa, o modo como o entrevistador se apresenta termina por afetar o tom da entrevista. Se feita de modo apropriado, o entrevistador conseguirá estabelecer uma atmosfera confortável, deixando a comunicação e rememoração mais eficiente para as próximas etapas do processo (FISHER & GEISELMAN, 1992, p. 145).

Ao invés de interagir com o menor como se esse fosse mero elemento de prova, o entrevistador deverá demonstrar uma preocupação genuína com a criança e procurar garantir o seu conforto ao longo da entrevista. Ele deverá então realizar dinâmicas interpessoais positivas com a vítima, fazendo com que ela sinta que tem voz no processo, e não que o depoimento é pautado em meras formalidades (FISHER & GEISELMAN, 1992, p. 146). Um método utilizado é dizer que se tem vontade de conhecer um pouco melhor a criança antes de começar a entrevista, e pedir-lhe que narre um dia típico seu (FISHER & GEISELMAN, 2010, pp. 321-328). Esse método possui quatro vantagens: estabelecer *rapport* com a vítima, verificar a sua capacidade de compreensão, constatar a sua habilidade de contar uma história, e colocar a criança como protagonista da entrevista.

Essa etapa inicial é particularmente importante quando se está lidando com vítimas de abuso sexual infantil, pois é nessa fase que será desenvolvido o *rapport* entre o entrevistador e o entrevistado. Eles poderão compartilhar experiências em comum, e o entrevistador conseguirá ter uma noção melhor acerca da história e da realidade em que a vítima está inserida. É também nesse momento que o entrevistador irá pedir explicitamente que o menor se concentre o máximo

possível e forneça uma história detalhada, uma vez que as crianças tendem a não dar detalhes quando isso não é pedido delas. Por fim, a vítima deve ser encorajada a relatar tudo o que lembra, não importando se as informações são contraditórias, banais ou fora de ordem cronológica. Tais questões devem ser resolvidas ao final da entrevista (FISHER & GEISELMAN, 1992, pp. 147-148).

Tendo feito isso, o entrevistador deve passar para a segunda etapa: a narrativa livre. É por meio da narrativa livre que se terá acesso ao contexto em que o delito se deu. Desse modo, após permitir que a vítima faça um relato sem interrupções de tudo o que lembra do evento, o entrevistador poderá utilizar a técnica da reinserção do contexto – método mnemônico que consiste em resgatar a memória da vítima ao pedir que ela reviva o momento do delito. Pergunta-se, por exemplo, o que fazia, onde e com quem estava e o que sentiu antes, durante e depois do evento (SOUSA, 2013). É necessário que se observe não o que a vítima lembra, mas sim como ela se lembra, deste modo podendo direcionar as perguntas àqueles momentos que acarretam maiores impulsos de memória (FISHER & GEISELMAN, 1992, p. 148).

A narrativa livre é a fase mais enfatizada quando se está entrevistando uma criança, pois a forte possibilidade de que esta tenha limitações cognitivas faz com que as outras técnicas de recuperação de memória (como, por exemplo, pedir que ela se coloque em diferentes pontos de vista espaciais) mostrem-se difíceis e podem tanto interferir no seu discurso quanto levar à FM (ROVINSKI & CRUZ, 2009).

Em razão da importância dessa etapa, e também levando em consideração que há pessoas que se expressam ou eventos que são reproduzidos melhor não-verbalmente, são permitidas descrições não-verbais do evento, tais como desenhar ou pedir que o menor reorganize a sala para que pareça com o local onde se deu o abuso (FISHER & GEISELMAN, 2010, pp. 321-328). Procura-se, assim, adaptar a entrevista ao menor e conseguir desencadear uma resposta mais efetiva de sua memória.

A terceira etapa, referente à sondagem, é o momento que o entrevistador poderá exaurir os dados das imagens mentais mais intensas da vítima (FISHER & GEISELMAN, 1992, p. 146). Quando o entrevistado for uma criança, é fundamental que as perguntas sejam adequadas ao seu nível de compreensão e que qualquer dúvida que ela tenha seja sanada, além de o entrevistador reforçar que o menor só deve responder se tiver certeza, não havendo problema se disser que não sabe ou lembra de algo (FERNÁNDEZ, 2009, p. 92).

Algumas técnicas usadas nessa fase são o incentivo que se feche os olhos para ajudar na concentração e na memória; a formulação de perguntas abertas, que não induzam nem sugiram, e que já demonstraram maior eficiência na recuperação de lembranças do que perguntas fechadas; a permissão de pausas longas a fim de que a vítima consiga melhor se focar nos detalhes e, assim, informá-las com maior segurança; o pedido reiterado de uma mesma informação, mas por meio de perguntas diferentes (ex: visual, contar o evento de trás para frente, auditivo, etc.); a permissão de que a vítima desenhe o evento; dentre outros métodos (FISHER & GEISELMAN, 2014, pp. 29-40).

Terminada a coleta de dados, virá a etapa da recuperação extensiva, quando o entrevistador revisará o que foi informado para que o entrevistado possa confirmá-las, além de permitir que ele acrescente algum dado que possa ter se lembrado posteriormente. De forma que não pareça estar confrontando a vítima, o entrevistador deverá pedir que esta esclareça qualquer ambiguidade ou contrariedade que tenha restado, deixando claro que é permitido responder que não se tem certeza (FISHER & GEISELMAN, 2014, pp. 29-40).

Por fim, a última etapa será a conclusão da entrevista. As burocracias necessárias serão realizadas, contudo o entrevistador deverá se empenhar para que a entrevista finalize sob um aspecto agradável, mantendo aberta a possibilidade da entrevista ser retomada caso alguma informação seja posteriormente rememorada. O incentivo para que o entrevistado entre em contato caso tenha pensado em algum acréscimo é particularmente importante porque, por vezes, em razão do estresse emocional que é passar por uma entrevista, termina-se por esquecer alguns dos fatos ocorridos. Um caso que mostra a importância da lembrança posterior foi o de uma mulher traumatizada que, alguns dias depois de sua entrevista, ligou para a polícia informando que havia uma caixa do lado de fora da sua casa que não estava lá antes da invasão de seu domicílio. Essa pista foi o que levou os policiais a identificarem o criminoso (FISHER & GEISELMAN, 2014, pp. 29-40).

Quando se entrevista crianças suspeitas de abuso sexual, há a preocupação acerca de seu relato não estar contaminado pela FM, ou seja, uma lembrança distorcida ou inteiramente falsa na qual a vítima acredita ser verdadeira (GESU, 2014). É possível que a FM esteja sendo produzida espontaneamente (a criança misturando fantasia e realidade) ou por influência externa (alguém que busca prejudicar o réu, por exemplo). Em ambos os casos, é fundamental que a FM seja identificada, uma vez que o depoimento do menor vítima é muito vezes a única

prova em delitos dessa natureza.

Para minimizar o risco de serem providas informações fantasiosas, o entrevistador deve começar a entrevista procurando entender a capacidade de discernimento da criança entre o que é verdade ou ficção. Para isso, podem ser providos exemplos e definições do que é verdadeiro ou falso, ou pedir que a criança aponte as diferenças entre uma declaração verdadeira e outra fantasiosa. O tempo da discussão variará de acordo com a idade e nível de compreensão do menor. Ao final, requer-se que a criança fale apenas verdades ao curso da entrevista (HUBEL & FLOOD, 2009, pp. 443-494).

Um método importante trazido pela EC é gravar a entrevista por meios eletrônicos, permitindo que ela seja posteriormente examinada e, assim, entrever inconsistências e detalhes que não foram percebidos no momento da entrevista. Um estudo de 2006 mostrou que as entrevistas gravadas tendem a reter 25% mais informações do que aquelas que foram apenas transcritas, além de servir para que os entrevistadores possam depois avaliar e melhorar o seu desempenho (ROVINSKI & CRUZ, 2009). Ademais, as gravações são fundamentais por permitirem que as instâncias superiores também possam ter acesso às reações e pormenores da entrevista, vantagem inexistente nas entrevistas transcritas.

Em relação às influências externas, estudos demonstram que várias vezes a FM é originada no contexto forense em razão de sugestões do entrevistador, que terminam distorcendo a lembrança original (STEIN, 2010, p. 136). Outro fator importante é que as crianças não estão habituadas a detalhar suas experiências, e perguntas do entrevistador para que a vítima narre os pormenores do evento faz com que ela conjecture informações (GESU, 2014). Conforme visto, esses riscos são minimizados na EC, tendo em vista que o entrevistador evita sugestões e incentiva o entrevistado a apenas responder o que tiver certeza.

Na hipótese da criança chegar à entrevista já relatando que foi vítima de abuso sexual, o entrevistador deve considerar a hipótese de que sua narrativa pode ser decorrente da influência de um terceiro. Deverá então o entrevistador buscar:

1. Sintomas e alterações comportamentais que às vezes ocorrem em crianças que sofrem abuso
2. Variáveis confusas, como transtorno psiquiátrico ou prejuízo cognitivo, que podem ter de ser consideradas
3. Atitude da família quanto a disciplina, sexo e recato
4. História de desenvolvimento do nascimento por períodos de possíveis

traumas até o presente

5. História familiar, como abuso precoce dos ou pelos pais, abuso de substância pelos pais, abuso da esposa e transtorno psiquiátrico nos pais
6. Motivação subjacente e possível psicopatologia dos adultos envolvidos (SADOCK, SADOCK & RUIZ, 2017, p. 1.318).

É fundamental também que o entrevistador analise se não estaria ocorrendo alguma situação de alienação parental, o que poderia fazer com que um dos parentes fantasiasse ou exagerasse violências sofridas pela vítima, levando-a a erroneamente acreditar naquilo. Isso é particularmente importante para crianças mais jovens, pois sua inteligência verbal e linguística não está ainda bem desenvolvida, sendo, portanto, mais suscetíveis às sugestões feitas por adultos (STEIN, 2010).

Tanto na influência espontânea quanto na externa, é irrefutável a importância da narrativa livre e da demanda por detalhes. Um relato fantasioso ou sugerido não tende a ser tão detalhado, e seus pormenores são contraditórios ou não são plausíveis (como, por exemplo, o menor descrever que encontrou um personagem de desenho animado) (GESU, 2014, p. 172). Ademais, visto que o entrevistador desencoraja desde o início o menor a responder aquilo que ele não sabe ou não tem certeza, as eventuais lacunas que surgem não conseguem ser preenchidas, o que serve como indício de que o abuso seria fruto de uma FM.

Por fim, é possível destacar que a EC é preferível ao método tradicional tanto pelo aspecto subjetivo quanto objetivo. Subjetivamente, foi considerada pelos entrevistados como menos coercitiva, manipuladora e traumática do que o método tradicional, além de possibilitar que o depoente se concentre mais. Possui também a vantagem de lidar de forma efetiva com as angústias da vítima e com o sentimento de culpa que este pode sentir, ao passo que o método tradicional ignora o eventual sofrimento psicológico. Como parte das dinâmicas sociais, a EC se preocupa em assegurar à vítima que seu comportamento não está sendo julgado, além de evitar perguntas que possam ter um tom repreensivo (FISHER & GEISELMAN, 2014).

Objetivamente, uma série de experimentos conduzidos por R. P. Fisher e R. E. Geiselman concluiu que a EC conseguia coletar uma quantidade maior de informações, cuja precisão melhorou em 25 a 30%, sem necessariamente aumentar também o número de informações fantasiosas. Em outro estudo, aqueles

treinados em conduzir a EC ao invés do método tradicional conseguiam coletar das testemunhas 47% a mais de informações, as quais foram avaliadas como precisas (BRANDL, 2014, p. 183). É particularmente interessante observar que uma melhora ocorre ainda quando se compara o uso da EC por estudantes universitários contra o uso do método tradicional por agentes forenses (PEINADO, 2015, p. 392).

Deste modo, resta evidente as vantagens que a EC apresenta sobre o método tradicional de coleta de depoimentos, tendo evoluído tanto na quantidade e qualidade das informações, quanto no tratamento dado ao entrevistado. O método foi adotado em diversos países, e em abril de 2017, finalmente foi incorporada à legislação brasileira pela sanção da Lei 13.431/17, que será melhor analisada a seguir.

3. A ENTREVISTA DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES VÍTIMAS DE ABUSO SEXUAL NO BRASIL: A LEI 13.431/17

Conforme demonstrado, o método tradicional de entrevista não só é pouco efetivo para coletar informações do delito, mas também termina por violar a privacidade e dignidade do entrevistado, sem lidar de modo efetivo com seu sofrimento. Isso se agrava em relação às crianças, uma vez que sua personalidade ainda está em formação e são mais vulneráveis às influências externas, além de o abusador normalmente ser alguém de seu convívio familiar, havendo sentimentos ambivalentes de mágoa e defesa em relação ao agressor.

Tendo em vista a maior fragilidade das crianças, em 23 de novembro de 2010 veio a recomendação nº 33 do Conselho Nacional de Justiça, que “Recomenda aos tribunais a criação de serviços especializados para escuta de crianças e adolescentes vítimas ou testemunhas de violência nos processos judiciais”. Contudo, foi apenas em 04 de abril de 2017 que foi sancionada a Lei 13.431/17, cujo objetivo é estabelecer um sistema de garantia de direitos da criança e do adolescente vítima ou testemunha de violência, podendo essa violência ser física, psicológica, sexual ou institucional (esta última entendida como a praticada por instituição pública ou conveniada, inclusive quando gera revitimização). A Lei entrou em vigor em 04 de abril de 2018, e enquanto a sua aplicação é obrigatória para crianças e adolescentes, ela é facultativa para quem tem entre 18 e 21 anos.

Já havia no Brasil diversos centros que atuavam de forma interdisciplinar nas entrevistas com crianças e adolescentes vítimas de abuso físico, psicológico ou sexual. Atualmente, o Centro de Atendimento ao Adolescente e à Criança

(CAAC), localizado no Rio de Janeiro, tornou-se referência no Brasil (CHILDHOOD, 2018). Contudo, não havia uma padronização dos protocolos e métodos utilizados, e a Lei foi fundamental por estabelecer parâmetros gerais baseados na EC que resguardam o interesse da criança ou adolescente.

Inicialmente, a Lei 13.431/17 reforçou a proteção a determinados direitos da criança, podendo se destacar aqui os incisos III, VI, VII, VIII e XI do art. 5º, referentes aos seus direitos no momento da entrevista, como o de receber assistência qualificada jurídica e psicossocial especializada. Também foi criado um novo tipo penal, consistente em permitir que o depoimento da vítima seja assistido por pessoa estranha ao processo, sem autorização judicial e sem o consentimento do depoente ou de seu representante legal.

É necessário destacar que a Lei instituiu que serão adotadas políticas de atendimento nos sistemas de justiça, segurança pública, assistência social, educação e saúde, devendo estes integrarem-se e comunicarem-se a fim de potencializar seu trabalho (art. 14). Inclusive, alterou-se o ECA de modo a acrescentar o inciso XI ao art. 208, determinando que o oferecimento regular de tais políticas ou programas de atendimento integrado será obrigatório, sob pena de ser interposta uma ação de responsabilidade.

As políticas de atendimento são concretizadas pela realização da escuta especializada e depoimento especial: formas de oitiva que se diferenciam quanto aos órgãos que as conduzem, e, por consequência, quanto à sua finalidade. Elas compõem o atendimento protetivo, o qual, ao contrário do método tradicional de entrevista, tem como prioridade o atendimento e acolhimento da criança e adolescente, e não necessariamente a confirmação da violência (Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos [MDH], 2017).

A escuta especializada é realizada pelos órgãos da rede de proteção que integram o Sistema de Garantia de Direitos, como os da área de educação ou saúde. Mediante a escuta, será feito um acompanhamento junto ao menor, buscando superar, ou ao menos minimizar, a violência sofrida. O relato deve se restringir estritamente ao cumprimento de sua finalidade, e, caso seja constatado durante o atendimento que houve violência sexual, o menor deverá ser encaminhado com urgência aos atendimentos de saúde e produção probatória, sempre se preservando a confidencialidade (MDH, 2017).

O depoimento especial, por sua vez, busca coletar elementos que apontem a materialidade e autoria do delito para que eventual uso em processo penal. Em razão de sua natureza de investigação e responsabilização judicial, o depoimento

especial é realizado pelos órgãos investigativos de segurança pública e pelo Sistema de Justiça (MDH, 2017). Contudo, é importante ressaltar que a entrevista não é conduzida utilizando-se o método tradicional, mas sim por profissional com capacitação interdisciplinar, permitindo assim uma melhor interação e entendimento da situação na qual o menor está inserido. O objetivo é que, após conduzido o depoimento especial, qualquer atendimento à vítima seja apenas de assistência.

O atendimento protetivo é um significativo avanço quanto à EC: ao invés de limitar o acolhimento prestado à criança ao contexto forense, busca-se agora mobilizar diversos setores da sociedade para que atuem conjunta e integradamente em proteção ao menor vítima de violência sexual. É necessário ressaltar a profunda importância que a Lei dá à comunicação entre os órgãos, buscando obter melhores prognósticos e resolutividade do caso sem que a vítima precise ser entrevistada repetidas vezes. Deste modo, evita-se que a intimidade da vítima seja continuamente exposta e que seu sofrimento seja prolongado.

Visando à proteção integral da criança ou adolescente, a Lei 13.431/17 permite o rito cautelar de antecipação de prova nos casos de violência sexual e institui que o depoimento especial só será realizado mais do que uma vez caso isso seja imprescindível para o caso (art. 11, §1º, inc. II, e §2º), diminuindo assim a possibilidade de que a oitiva ocorra muito tempo depois do alegado abuso e o sofrimento seja revivido.

Se por um lado a sanção da Lei 13.431/17 reafirmou os direitos e garantias das crianças e adolescentes vítimas de violência sexual, por outro houve apenas menção superficial das técnicas a serem utilizadas durante a realização do depoimento especial, tornando-se necessária a publicação de algum documento que as destrinchasse e pudesse nortear e padronizar os centros de entrevista.

Em 2012, o Grupo de Trabalho, no âmbito da Secretaria da Reforma do Judiciário, já havia iniciado discussões para padronizar e qualificar os procedimentos adotados para atender crianças e adolescentes vítimas de abuso sexual. O trabalho desse grupo não estava voltando somente para os funcionários dos sistemas de justiça, mas igualmente para aqueles que compõem os sistemas de segurança pública, como escolas, creches ou hospitais (MDH, 2017).

Como resultado dos seus trabalhos e do reconhecimento pela Lei 13.431/17 acerca da importância das entrevistas forenses com crianças, foi lançado em 2017 o documento “Parâmetros de escuta de crianças e adolescentes em situação de violência”, elaborado pelo Grupo de Trabalho em conjunto com os Ministérios

membros da Comissão Intersetorial de Enfrentamento à Violência Sexual contra Crianças e Adolescentes (colegiado vinculado à Secretaria Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente). O documento pontua as normativas nacionais e internacionais e serve hoje para orientar toda a rede do Sistema de Garantia de Direitos – tanto os órgãos da rede de proteção quanto os investigativos de segurança pública (MDH, 2017).

Em diversos momentos é visível a influência que a EC exerceu sobre a elaboração do documento. A narrativa livre se tornou prioridade como técnica de entrevista, devendo limitar as perguntas fechadas e evitar os questionamentos sugestionáveis, de modo a manter o relato da vítima o menos contaminado possível. Pelo mesmo motivo, foi vedada a leitura da denúncia e outras peças processuais à criança ou adolescente antes do início da entrevista.

Ademais, buscando melhorar a comunicação entre os órgãos, a entrevista é registrada por meios audiovisuais quando houver o consentimento do menor, deste modo permitindo que todos consigam se inteirar acerca dos fatos e das reações sem que seja necessário chamá-lo para responder as perguntas novamente (MDH, 2017).

A entrevista também deverá ser conduzida de acordo com nível de desenvolvimento e linguagem da criança ou adolescente, garantindo assim o estabelecimento de *rappport* e, mais importantemente, que todas as perguntas e falas sejam devidamente compreendidas. Observando essa peculiaridade de adaptar a comunicação, a Lei 13.431/17 trouxe outra importante inovação em relação à EC: ao final da entrevista, o Ministério Público, assistentes técnicos, defensor e juiz poderão fazer perguntas complementares. Contudo, essas perguntas serão feitas ao entrevistador, o qual as adaptará para a melhor compreensão da criança ou adolescente.

Por fim, a influência da EC se evidencia na determinação de que a entrevista ocorra num local apropriado e acolhedor, com infraestrutura e espaço físico que garantam a privacidade da criança ou adolescente vítima de violência (art. 10). Dentre as precauções tomadas está a de garantir que a vítima não tenha qualquer contato, ainda que visual, com o acusado ou qualquer outra pessoa que possa constrangê-la, sendo possível inclusive a estruturação de espaços físicos para atingir tal objetivo (MDH, 2017).

Todo o local onde se passa o depoimento especial é estruturado de modo a receber a vítima de forma acolhedora e confortável. A criança ou adolescente chegará pela sala de espera, local onde os servidores trabalham quando não há

audiência, e será apresentada a eles. Depois o entrevistador a acompanhará à sala de escutas, onde há a construção do *rapport*, e então poderão ficar na sala de recreação enquanto esperam que aqueles que acompanharão a entrevista cheguem na sala de audiências.

Podendo se iniciar a entrevista, a vítima e o entrevistador voltarão para a sala de escutas. Nela se ligará o microfone de lapela e uma câmera, deste modo permitindo que aqueles que se encontram na sala de audiências consigam acompanhar a entrevista e as reações da criança ou adolescente. Tal medida também possibilita a gravação audiovisual do depoimento especial para eventual uso posterior.

De acordo com o CNJ, até 04 de abril de 2018, 89% dos tribunais estaduais já possuíam locais adequados para realizar o depoimento especial (Conselho Nacional de Justiça, 2018).

4. CONCLUSÃO

Os delitos que envolvem violência sexual são normalmente praticados na clandestinidade, com poucas provas pessoais além do depoimento prestado pela própria vítima. Em razão da escassez de provas, a palavra da vítima se torna um dos elementos mais valiosos do processo, sendo uma grande preocupação do Judiciário que a sua entrevista revele o máximo de informações possível. Há também o cuidado para que as informações coletadas sejam verídicas, e não frutos de manipulação, fantasias ou falsa memória. É mediante o seu depoimento que o julgador se convencerá ou não se houve abuso – caso entenda que não há elementos o suficiente que fundamentem uma condenação, deverá absolver o réu com fundamento no princípio do *in dubio pro reo*, uma das maiores garantias do devido processo legal.

Ademais, as vítimas de abuso sexual já estão traumatizadas pela violência que suportaram, e a entrevista forense não pode ser um local onde elas serão revitimizadas. Logo, além de buscar a verdade, a coleta do depoimento deve buscar o acolhimento do entrevistado, para que o Judiciário não se torne um local onde o seu sofrimento é agravado.

Deste modo, é incontroversa a relevância da entrevista com a vítima nos casos de violência sexual. Contudo, quando a suposta vítima é uma criança ou adolescente, aumenta-se a sua importância, sendo fundamental que o entrevistador tenha o devido preparo para conseguir uma narrativa limpa, detalhada e

fidedigna. Isso porque a personalidade daqueles menores de 18 anos ainda não está plenamente formada, sendo mais suscetível a sugestões do entrevistador e aos efeitos negativos de um depoimento mal conduzido.

A falta de técnica do entrevistador fará com que a narrativa se adapte e confirme as suas próprias suspeitas, contaminando o que muitas vezes é a única prova do processo e podendo levar à condenação indevida do réu. Ademais, se o depoimento for malconduzido, poderá gerar falsas memórias na vítima, e esta pode terminar entendendo que o Judiciário é um local de violação e não de proteção de seus direitos.

Levando isso em consideração, foi pensado o método da Entrevista Cognitiva. As técnicas por ela defendidas, que misturam a psicologia cognitiva e a psicologia social, mostraram conseguir informações superiores em qualidade e quantidade quando comparadas com as do método tradicional de entrevista. A Entrevista Cognitiva foi incorporada à legislação brasileira em 2017, por intermédio da Lei 13.431.

Dentre as suas disposições, a nova Lei foi fundamental por implementar orientações gerais para a rede do Sistema de Garantia de Direitos, composta pelos órgãos da rede de proteção e pelos investigativos de segurança pública. A influência da Entrevista Cognitiva em diversos momentos é evidenciada, como pelo estabelecimento da necessidade de que a entrevista se dê em local apropriado, sem distrações nem elementos que possam intimidar a vítima.

Dentre as maiores preocupações, percebe-se a de que a entrevista não seja sugestiva e, especialmente, que a sua função maior seja a de acolher a criança ou adolescente, não a de utilizá-la meramente como prova para descobrir a autoria do delito. Já há no Brasil diversos centros que funcionam de acordo com as técnicas da Entrevista Cognitivas, e o objetivo é que haja o suficiente para atender toda a demanda.

A entrevista forense com crianças e adolescentes vítimas de violência sexual precisa ser realizada da forma mais capacitada e acolhedora possível, e para isso é fundamental que haja o diálogo do direito com outras áreas de conhecimento. Quando adequadamente conduzido, o depoimento serve para que o Judiciário tenha maior compreensão de como se deu o delito sem que sejam causados danos psicológicos à criança. A promulgação da Lei 13.431/17 mostra uma evolução do direito brasileiro nesse quesito ao incorporar as técnicas da Entrevista Cognitiva, que já se mostraram eficientes e benéficas para o Judiciário e para aqueles envolvidos no processo.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ANATALINO, J. **À procura da melhor resposta**: Como usar a programação neurolinguística para construir um eficiente programa de vida. 1ª ed. São Paulo: Biblioteca24horas, 2009.
- BRANDL, S. G. **Criminal Investigation**. Thousand Oaks: SAGE Publications, Inc., 2014.
- Comissão Intersetorial de Enfrentamento à Violência Sexual Contra Crianças e Adolescentes. **Parâmetros de escuta de crianças e adolescentes em situação de violência**. Brasil: Ministério de Estado dos Direitos Humanos, 2017. Disponível em: < <http://primeirainfancia.org.br/wp-content/uploads/2017/08/Parametros-de-Escuta.pdf>>. Acesso em: 30 nov. 2019.
- DANDO, C. J.; MILNE, R. Cognitive Interviewing. In: KOCSIS, R. N. (Ed.). **Applied Criminal Psychology**: a guide to forensic behavioral sciences. Springfield: Charles C Thomas Publisher LTD, 2009, p. 147-168.
- FERNÁNDEZ, A. C. **Evaluación forense de la huella psíquica como prueba de cargo en casos de víctimas de violencia de género**. 2009. Tese (doutorado de psicologia) – Departamento de Psicología Social, Básica Y Metodología, Universidade de Santiago de Compostella, Santiago de Compostella.
- FISHER, R. P.; GEISELMAN, R. E. **Memory-enhancing techniques for investigative interviewing**: the cognitive interview. Springfield: Charles C. Thomas – Publisher, 1992.
- FISHER, R. P.; GEISELMAN, R. E. **The Cognitive Interview method of conducting police interviews**: Eliciting extensive information and promoting Therapeutic Justice. **International Journal of Law and Psychiatry**, Oxford, v. 33, issues 5-6, p. 321-328, 2010.
- FISHER, R. P.; GEISELMAN, R. E. **Interviewing Witnesses and Victims**. In M. St. Yves (Ed.), **Investigative interviewing: Handbook of best practices** (pp. 29-40). Toronto: Thomson Reuters Publishers.
- GESU, C. D. **Prova penal e falsas memórias**. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014.
- GRANJEIRO, I. **Abuso sexual infantil**: a dimensão interdisciplinar entre Direito e Psicologia. Brasília: Ed. Encanto das Letras, 2013.
- HARGIE, O. D. W. **The Handbook of Communication Skills**. 2ª ed. Londres: Routledge, 2004.
- HUBEL, G. S.; FLOOD, M. F.; HANSEN, D. J. Sexually and Physically Abused Children. In: SEGAL, D. L.; HERSEN, M. (Ed.). **Diagnostic Interviewing**. 4ª ed. New York: Springer, 2009, p. 443-494.
- LOPES JR., A. **Direito Processual Penal**. 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014.
- NUCCI, G. D. S. **Manual de processo penal e execução penal**. 13ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.
- PEINADO, J. I. **Métodos, técnicas e instrumentos de la investigación criminológica**. Madrid: Dykinson, S.L., 2015.
- POZZEBON, F. D. Á.; ÁVILA, G. N. D. **Crime e interdisciplinaridade**: estudos em homenagem à Ruth M. Chittó Gauer. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2012.
- ROVINSKI, S. L. R.; CRUZ, R. M. **Psicologia Jurídica**: perspectivas teóricas e processos de intervenção. 1ª ed. São Paulo: Vetor, 2009.
- SADOCK, B. J.; SADOCK, V. A.; RUIZ, P. **Compêndio de psiquiatria**: ciência do comportamento e psiquiatria clínica. 11ª ed. Porto Alegre: Artmed, 2017.
- SOUSA, L. F. D. **Prova Testemunhal**. Coimbra: Almedina, 2013.
- STEIN, L. M.; *et al.* **Falsas memórias**: fundamentos científicos e suas aplicações clínicas e jurídicas. Porto Alegre: Artmed, 2010.
- TOURINHO FILHO, F. D. C. **Processo Penal**. v. 3. 32ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais (2019). **Depoimento especial: um novo paradigma para a justiça infantojuvenil**. Belo Horizonte: Cadernos da COINJ.

Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/86422-depoimento-especial-salas-dedicadas-chem-a-tribunais-de-24-estados>>. Acesso em: 15 nov. 2019.

Disponível em: <<http://g1.globo.com/pa/para/noticia/2016/06/86-dos-abusos-sexuais-no-pa-sao-cometidos-por-padrastos-tios-e-avos.html>>. Acesso em: 29 nov. 2019.

Disponível em: <<https://www.childhood.org.br/>>. Acesso em: 27 nov. 2019.

A AMPLIAÇÃO DOS ESPAÇOS DE CONSENSO NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO: UMA NOVA FASE DA MENTALIDADE INQUISITORIAL

Pâmela de Araújo Aquino¹

RESUMO: O objetivo do presente artigo é propor uma reflexão a respeito da expansão dos espaços de consenso na justiça criminal brasileira, em razão da grande tendência no cenário internacional, sobretudo, diante das reformas processuais Latino-Americanas. Ressaltar-se-ão as (im)possibilidades de consenso e consequências da importação de institutos aplicados em sistemas processuais estrangeiros, sem o devido respeito aos preceitos constitucionais e ao devido processo. Por fim, demonstrar-se-á que as experiências práticas neste contexto não ultrapassam mera concretização antecipada do poder punitivo estatal em troca de remotos benefícios de redução nas punições. Diante disso, apontar-se-á que, na prática, propostas inovadoras para solução da morosidade do judiciário e o problema da segurança pública revelam-se verdadeiros mecanismos autoritários de desvirtuamento do processo penal democrático, fulminam garantias processuais e o único beneficiado com este sistema é o poder punitivo estatal, obcecado pela imposição de pena a qualquer custo.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Processual Penal, Sistemas Processuais, Justiça Negociada, Garantias Processuais, Poder Punitivo.

ABSTRACT: The purpose of this paper is to propose a reflection on the expansion of consensus spaces in Brazilian criminal justice, due to the great tendency in the international scenario, especially in the face of Latin American procedural reforms. The (im)possibilities of consensus and consequences of the importation of

¹ Especializanda em Ciências Penais pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais pela PUC/RS (2017/2). Porto Alegre/RS. Advogada. E-mail: pameladeaquino@gmail.com, <http://lattes.cnpq.br/8985163402621667>.

institutes applied in foreign procedural systems will be emphasized, without due respect for the constitutional precepts and due process. Finally, it will be shown that practical experiences in this context do not go beyond mere early realization of state punitive power in exchange for remote benefits of reduction in punishment. In view of this, it will be pointed out that, in practice, innovative proposals for solving the length of the judiciary and the problem of public security prove to be authoritarian mechanisms of distortion of the democratic criminal process, soothe procedural guarantees and the only one to benefit from this system. It is state punitive power, obsessed with imposing punishment at any cost.

KEYWORDS: Criminal Procedural Law, Procedural Systems, Negotiated Justice, Procedural Guarantees, Punitive power.

1. INTRODUÇÃO

A relativização constante de preceitos elementares ao processo penal evidencia a crise institucional que assola a democracia brasileira. Nesta conjuntura, emergem intensos questionamentos acerca da generalizada morosidade judicial, bem como propostas inusitadas no afã de atribuir maior eficácia ao poder punitivo estatal².

O aspecto comum dentre as mais diversas alternativas apresentadas é o intuito de acelerar o julgamento através da simplificação procedimental. Por tal razão, a importação dos modelos adotados nas instituições estadunidenses surge de modo mais evidente nas reformas processuais latino-americanas. Entretanto, é notório que todo o discurso reducionista com o objetivo de enaltecere a eficácia das funções penais, em verdade, acarreta em prejuízo inestimável a toda a política criminal já instaurada e no abandono das principais garantias democráticas.

Nesta perspectiva, o presente artigo ambiciona uma análise das tendências de ampliação do espaço negocial e os reflexos no sistema processual penal brasileiro, em que se pretende introduzir a imposição de sanções penais antecipadas com reduzido ou inexistente espaço defensivo³.

2 ¹ AQUINO, Pamela. SILVA, Tamara. **Inviolabilidade do Domicílio: Fundadas Razões à brasileira**. Congresso Acadêmico de Direito da UNIVALI: Estado e Constituição - os 30 anos da Constituição cidadã. 1.ed.- Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2019. 3Mb; Ebook. Disponível em: <[Htps://www.tirant.com/docs/CONGRESSO_ACADEMICO_ESTADO_E_CONSTITUICAO.pdf](https://www.tirant.com/docs/CONGRESSO_ACADEMICO_ESTADO_E_CONSTITUICAO.pdf)>. Acesso em: 10 de abril 2019.

3 ANITUA, Gabriel Ignácio. **A Importação de Mecanismos Consensuais do Processo Estadunidense nas Reformas Processuais Latino-Americanas**. In: *Sistemas Processuais Penais/organização Ricardo Jacobsen Gloeckner* – 1. Ed. Florianópolis (SC): Empório do Direito, 2017.p359.

Diante disso, delimitam-se os seguintes problemas: a) A ampliação do espaço negocial na justiça criminal é compatível com o sistema acusatório? Qual é o panorama de adoção do modelo estadunidense nos países latino-americanos? Quais são as consequências da expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro?

Inicialmente, serão definidas as premissas fundamentais aos sistemas acusatório, inquisitorial e adversarial, ressaltando seus aspectos de similitude e distanciamento, bem como o papel dos atores em matéria processual penal e as consequências de suas mudanças de atitudes frente à gestão da prova.

Em seguida, realizar-se-á uma breve análise da expansão da justiça negociada na América Latina, ponderando os estudos recentes dos professores Máximo Langer⁴, da Universidade da Califórnia, e Alberto Binder⁵, da Universidade de Buenos Aires, com o intuito de esclarecer o discurso reducionista que vem sendo adotado em relação a sistemas processuais.

Ambos autores revelam que nos últimos quinze anos, aproximadamente quatorze países latino-americanos articularam reformas e introduziram novos códigos de processo penal, sendo o Brasil o país mais atrasado neste aspecto, com a vigência de um Código de Processo Penal da década de quarenta, inspirado em matrizes autoritárias e associado a diversas alterações legislativas que legitimam atos inquisitoriais.

Por fim, do cotejo das experiências brasileiras com soluções negociadas, serão identificados os principais contrassensos e transgressões que levam ao retrocesso. Mostrar-se-á que, desde a edição da Lei dos Juizados Especiais Criminais, a ampliação dos espaços de negociação revela uma sucessão de estratégias autoritárias no afã de magicamente resolver o problema da morosidade através da supressão do devido processo e aplicação de uma punição (in)justa no menor decurso de tempo possível.

Assim, o presente ensaio é um convite à **reflexão sobre** o obstáculo da visão reducionista e superficial sobre sistemas processuais e soluções negociadas,

4 LANGER, Máximo. **Dos Transplantes jurídicos às traduções jurídicas: a globalização do plea bargain e a tese da americanização do processo penal**. DELICTAE: Revista de Estudos Interdisciplinares sobre o Direito, [s.i.], v. 2, n.3, p.19, dez 2019. ISSN 2526-5180. Disponível em < <http://delictae.com.br/index.php/revista/article/view/41>>. Acesso em: 15 de fevereiro de 2019. doi: <https://doi.org/10.24861/2526-5180.v2i3.41>.

5 FUCHS, Marie Christine, GONZÁLEZ, Marco F. Leonel. *La Justicia Penal Adversarial en América Latina: Hacia la gestión del conflicto y la fortaleza de la Ley. Coordinación Laura Cora Bogani, Prólogo Alberto M. Binder. FUNDACIÓN KONRAD ADENAUER. 2018. CHILE*. Disponível em: https://www.academia.edu/37951708/La_Justicia_Penal_Adversarial_en_Am%C3%A9rica_Latina._Hac%C3%ADa_la_Gesti%C3%B3n_del_conflicto_y_la_fortaleza_de_la_Ley. Acesso em 19 de fevereiro de 2019.

diante das graves violações a direitos e garantias fundamentais ocultadas por propostas inovadoras e demasiadamente simples frente à problemas de extrema complexidade.

2. REATUALIZAÇÃO DE PARADIGMAS E CRISE EPSTEMOLÓGICA: SUPERADA A DISCUSSÃO ACERCA DOS SISTEMAS PROCESSUAIS?

Não se pretende aqui discorrer sobre os sistemas processuais na perspectiva de uma análise histórica, mas questionar a visão dicotômica de delimitação dos conceitos de acusatório e inquisitorial. Como é cediço, há uma relação direta entre o sistema político imperante e o conteúdo do direito processual penal vigente em uma sociedade. Segundo Badaró: “a questão é muito mais política do que técnico processual, pois a escolha de um sistema processual decorre do próprio modelo que o Estado institui e das relações deste Estado com seus cidadãos.”⁶

Todavia, diante da inexistência de um resquício mínimo de harmonia conceitual e da ampla crise epistemológica decorrente da proliferação do discurso reducionista, faz-se necessário o resgate de alguns fundamentos basilares, que muito explicam o processo penal contemporâneo. Para Aury Lopes Jr.:

Alguns reducionistas, adeptos do superado monólogo jurídico, não raras vezes agarrados no pseudo-argumento da mera historicidade, desconectam a problemática dos sistemas processuais da “imparcialidade” (Princípio Supremo do Processo, segundo Wener Goldschmidt) e, ambos, de um mínimo de compreensão das lições básicas da psicanálise e dos aspectos psicológicos que afetam a formação da decisão do juiz. Mais do que isso, sequer compreendem a superação do paradigma cartesiano. Outros, dominados pela ideologia punitivista, insistem na visão reducionista por conveniência, por preferirem um processos pela “a la carte” e a facilidade na formação de “consórcios de justiceiros”.

Assim, a crescente comunicação entre as fontes e importação de mecanismos de sistemas estrangeiros, acarreta a dificuldade de definição dos aspectos elementares a cada sistema processual. Por tal razão, parte da doutrina brasileira afirma superficialmente que o sistema brasileiro atual é “misto”, na medida em que é predominante o modelo inquisitório na fase pré-processual e o acusatório na fase processual.⁷

A admissão da existência de um sistema misto é cotidianamente justificada

6 BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. Ônus da prova no processo penal. São Paulo:RT, 2003.p.106.

7 LOPES JR. Aury. **Direito Processual Penal**. 15ª Ed. – São Paulo. Saraiva Educação, 2018.p.41.

pela lógica operativa dos Tribunais e busca de atualização de determinados paradigmas. O atual sistema de justiça criminal brasileiro, na mais simplória síntese, é materialização do contrassenso. Tal como define Ricardo Gloeckner: “nossas práticas demonstram que o discurso é acusatório, mas a mentalidade inquisitorial.”⁸

Entretanto, em que pese a conclusão acerca de um sistema misto demonstre uma análise reducionista dos sistemas processuais, há de ser avaliada a motivação de tal fenômeno, sobretudo, na perspectiva do processo penal comparado, ao passo que o intitulado sistema misto, é essencialmente inquisitorial.

O sistema processual de um país revela os traços democráticos ou autoritários de sua constituição e a importação de determinados rótulos possui o condão de atribuir esperança de eficiência em práticas historicamente anacrônicas.⁹ Segundo Geraldo Prado “Constituição e Processo Penal lidam com algumas importantes questões comuns: a proteção aos direitos fundamentais e a separação dos poderes”¹⁰.

Portanto, a atual tendência é de expansão do discurso autoritário e reestruturação do processo penal a partir dessa lógica, o qual decorre do ativismo judicial, da violência estrutural nos discursos políticos, da ausência de diálogo, das transgressões a direitos fundamentais e da manipulação de conceitos no âmbito da justiça criminal. Há um interesse muito claro de ampliação de tipos penais associado à expansão de poder dos atores processuais que representam o interesse estatal.

Do mesmo modo, é notória a confusão dos papéis dos atores processuais, bem como o sensacionalismo dos discursos e das instituições que abrangem o processo penal, traços característicos de um sistema inquisitorial¹¹. Torna-se urgente, portanto, uma reflexão a cerca do núcleo fundante da gestão da prova no processo penal brasileiro.

Nesta conjuntura, o complexo cenário de influências externas e recíprocas entre sistemas processuais atribui às discussões doutrinárias conclusões ambivalentes. Embora reconheça-se como imposição constitucional um modelo acusatório, com claras distinções entre os poderes de acusar, julgar e defender em órgãos distintos, a constante falácia do sistema misto tem por objetivo ocultar a

8 GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Sistemas Processuais Penais**/organização Ricardo Jacobsen Gloeckner – 1. Ed. Florianópolis (SC): Empório do Direito, 2017.p.10.

9 LOPES JR. Aury. **Direito Processual Penal**. 15ª Ed. – São Paulo. Saraiva Educação, 2018.p40.

10 PRADO, Geraldo. **Sistema Acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p41.

11 GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Sistemas Processuais Penais**/organização Ricardo Jacobsen Gloeckner – 1. Ed. Florianópolis (SC): Empório do Direito, 2017.p.13.

face inquisitiva do sistema de justiça criminal brasileiro¹².

Por conseguinte, partindo-se do princípio de que a função do processo penal é buscar a reconstituição de um fato histórico, a diferenciação da dicotomia dos sistemas processuais acusatório/inquisitivo dar-se-á através da gestão da prova. De um lado, no sistema acusatório: identifica-se o papel de espectador por parte do juiz. Do outro lado, o sistema inquisitório, onde a gestão pessoal do acervo probatório ocorre pela figura do julgador inquisidor, aquele que busca em diversas perspectivas elementos para fundamentação da futura decisão, e que no caso do Brasil, ocorre até mesmo na opinião pública¹³.

Na concepção de Nereu Giacomolli:

(...) o princípio acusatório faz parte das garantias básicas do processo penal e implica, essencialmente, segundo Pyco u Junoy, a existência de uma contenda processual entre duas partes contrapostas – acusador e acusado - , a ser resolvida por um terceiro imparcial, com uma clara distinção das funções penais fundamentais¹⁴

Daí decorre a conclusão de que os sistemas processuais, em realidade, são produtos culturais e não produtos da natureza processual em si, sendo indispensável dentro de cada estrutura a determinação de um núcleo fundante como opção teórica de análise do tema¹⁵.

Diante do exposto, evidenciam-se duas premissas: a) não há qualquer viés interpretativo em que se possa admitir a existência de um núcleo fundante misto, o que justifica a sua percepção tal como falácia do ponto de vista teórico a despeito dos sistemas processuais¹⁶. b) a análise empírica do sistema processual penal brasileiro reflete, de modo geral, a adoção de um sistema inquisitório, consolidado pela cultura de o julgador conduzir a instrução processual e articular estratégias probatórias¹⁷.

-
- 12 BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. Ônus da prova no **processo penal**. São Paulo:RT,2003.p.140.
- 13 VASCONCELOS, Vinicius Gomes de. **Barganha e justiça criminal negocial: análise das tendências de expansão no processo penal brasileiro**. Dissertação de Mestrado. – Porto Alegre, 2014 p. 123-124.
No mesmo sentido: CASARA, Rubens R.R.; MELCHIOR, Antônio Pedro. **Teoria do Processo Penal Brasileiro. Dogmática e Crítica: conceitos fundamentais**. Vol 1. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.p.35
- 14 GIACOMOLLI, Nereu José. **Atividade do juiz criminal frente à constituição: deveres e limites legais em face do princípio do acusatório**.In GAUER, Ruth Maria Chittó (coord). Sistema Penal e Violência. Lumen Juris2006p219.
- 15 GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Nulidades no Processo Penal**. Col. Ciências Criminais.3ª Ed. Saraiva, 2017.p174
- 16 GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Nulidades no Processo Penal**. Col. Ciências Criminais.3ª Ed. Saraiva, 2017.p142. 176/177.
- 17 Nas palavras de Aury Lopes Jr. “(neo)inquisitório. (GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Sistemas Processuais Penais**/organização Ricardo Jacobsen Gloeckner – 1. Ed. Florianópolis (SC): Empório do Direito, 2017.p40.)

Portando, a adoção de mecanismos consensuais no sistema processual brasileiro, cujas exceções restam evidenciadas através da percepção de um sistema supostamente misto, tende a reforçar o espírito inquisitorial já existente. A justiça negociada objetiva claramente a tarefa de evitar processos e um processo nada mais é do que o direito de todo e qualquer cidadão a ser processado e julgado mediante contraditório, ampla defesa e eventual aplicação de pena justa¹⁸.

Consequentemente, não se reduz a pessimismo a conclusão de que a expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro acarreta em um acréscimo de poderes judiciais já excessivos, fortalece o autoritarismo e corresponde a uma nova fase do (neo)inquisitório brasileiro¹⁹.

Além da problematização histórica e atual distorção das nomenclaturas atribuídas aos sistemas processuais, em decorrência da confusão do papel do julgador no processo penal, é imprescindível o esclarecimento acerca do modelo intitulado adversarial, que, em regra, é atribuído ao modelo de justiça criminal estadunidense.

O conceito de justiça adversarial é amplamente distorcido, tanto quando qualificado alheio aos sistemas já analisados quanto nas hipóteses em que é referido como sinônimo do modelo acusatório. O professor Vinícius Vasconcelos²⁰, em sua dissertação de mestrado, bem esclarece a distinção entre acusatório e adversarial:

(...)parte da doutrina brasileira estrutura a categoria “sistema adversarial” a partir da debatida discussão teórica acerca da iniciativa probatória do julgador no processo penal. Aponta-se que a sua principal característica é “a iniciativa das partes, enquanto o juiz tem um papel relativamente passivo, agindo essencialmente como um árbitro em posição neutra entre as partes, ou seja, em contraposição a um modelo em que o magistrado é autorizado a produzir provas, no sistema adversarial acusação e defesa iniciam e desenvolvem o processo²¹.”

O aspecto elementar a todas as diferenciações aqui demonstradas, portanto, é a passividade (ou não) do julgador frente à autonomia das partes na condução do processo, diante da identificação de um modelo de disputa entre as partes (acusatório) ou de investigação oficial (inquisitorial).

18 KHALED JÚNIOR, Salah H. **Discurso de Ódio e sistema penal**. Belo Horizonte (MG): Letramento, 2018. p30/35

19 GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Sistemas Processuais Penais**/organização Ricardo Jacobsen Gloeckner – 1. Ed. Florianópolis (SC): Empório do Direito, 2017.p28.

20

21 VASCONCELOS, Vinícius Gmes de. **Barganha e justiça criminal negocial: análise das tendências de expansão no processo penal brasileiro**. Dissertação de Mestrado. – Porto Alegre, 2014 p.282.

Logo, em apertada síntese, a distinção entre um sistema inquisitorial, acusatório ou adversarial nada mais é do que a distinção entre a forma de interpretação e representação do processo penal, a partir da análise da gestão da prova.

Por todas as afirmações, conclui-se que as jurisdições de *common law* estão para o modelo adversarial, assim como as jurisdições de *civil law* aproximam-se do modelo inquisitorial. Em termos de poder, por exemplo, o julgador inquisitorial é muito mais poderoso que o adversarial, e conseqüentemente mais autoritário.

Assim, os sistemas processuais, tanto no âmbito do processo penal brasileiro quanto sob a ótica de sistemas processuais estrangeiros podem ser entendidos como diferentes perspectivas de interpretação e significado de acordo com a análise da atuação dos atores de um determinado sistema de justiça criminal²².

3. A AMERICANIZAÇÃO DO PROCESSO PENAL E AS JURISDIÇÕES DE CUNHO INQUISITORIAL: A EXPANSÃO DA JUSTIÇA NEGOCIADA NA AMÉRICA LATINA

A influência do sistema estadunidense sobre os países latino-americanos é inegável. Todavia, análise de estudos recentes, revela que a importação do “*plea bargaining*” estadunidense não é suficientemente capaz de reproduzir o modelo americano em jurisdições latinas. O que ocorre, na prática, é como se cada uma das jurisdições adotasse profundas reformas individuais inspiradas no modelo americano, mas que, em questões elementares, acabam por divergir do sistema originário²³.

É neste contexto que Máximo Langer traduz a metáfora dos “transplantes legais”, termo usado por diversos pesquisadores no afã de esclarecer a importação de práticas jurídicas estrangeiras em sistema processuais com mentalidades distintas. Para o autor, há um efeito paradoxal da influência estadunidense na ampliação dos espaços de consenso nos países de tradição *civil law*, o que não significa diretamente a americanização de sistemas latino-americanos, mas a instauração

22 LANGER, Máximo. **Dos Transplantes jurídicos às traduções jurídicas: a globalização do plea bargain e a tese da americanização do processo penal.** DELICTAE: Revista de Estudos Interdisciplinares sobre o Direito, [s.i.], v. 2, n.3, p.19, dez 2019. ISSN 2526-5180. Disponível em < <http://delictae.com.br/index.php/revista/article/view/41>>. Acesso em: 15 de fevereiro de 2019. doi: <https://doi.org/10.24861/2526-5180.v2i3.41>.

23 LANGER, Máximo. **Dos Transplantes jurídicos às traduções jurídicas: a globalização do plea bargain e a tese da americanização do processo penal.** DELICTAE: Revista de Estudos Interdisciplinares sobre o Direito, [s.i.], v. 2, n.3, p.27, dez 2019. ISSN 2526-5180. Disponível em < <http://delictae.com.br/index.php/revista/article/view/41>>. Acesso em: 15 de fevereiro de 2019. doi: <https://doi.org/10.24861/2526-5180.v2i3.41>.

de fragmentações e divergências dos países de *civil law*, que assim esclarece²⁴:

A metáfora do “transplante legal” (*legal transplant*) tem sido o principal dispositivo usado por pesquisadores e praticantes do direito comparado para analisar a importação de práticas estrangeiras. A metáfora, contudo, possui deficiências. O seu principal problema é que transmite a noção de ideias e instituições podem ser “recortadas e coladas” entre sistemas jurídicos. (...) Os sistemas adversarial e inquisitorial, compreendidos como duas diferentes culturas processuais, podem ser entendidos como dois diversos sistemas de redução de significado. Deste modo, a transferência de instituições jurídicas de um sistema para outro pode ser compreendida como traduções de um sistema de significado para outro. Especificamente, as transformações do “*plea bargaining*” sofreu ao ser transferido para esses sistemas de *civil law* podem ser vistas como decisões tomadas por outros “tradutores” (i.e reformadores jurídicos) como um produto das diferenças estruturais entre “linguagens” acusatória ou inquisitorial.

Nesta perspectiva, a ampliação dos espaços de consenso em sistemas de raiz inquisitorial não denota o mesmo sentido que em um sistema adversarial, haja vista que no modelo de disputa as partes possuem liberdade para acordar até mesmo em relação à hipótese de negociação ou não, enquanto na perspectiva inquisitorial, a existência de uma negociação entre acusação e defesa não ultrapassa o plano imaginário.

O que o professor Langer aduz, em síntese, é que os sistemas inquisitorial e adversarial devem ser interpretados não apenas como duas formas de distribuição de poderes e atribuições entre os atores processuais, mas como duas culturas distintas de como os processos devem ser conduzidos e julgados²⁵.

Alberto Binder, por sua vez, é firme atuante em defesa das reformas processuais na América Latina, a fim de que seja consolidado um processo penal verdadeiramente acusatório. Propõe na obra “La Justicia Penal Adversarial em la América Latina: Hacia La Gestión Del Conflicto y la Fortaleza de La ley”, após o estudo de diversas jurisdições, algumas propostas para consolidação da justiça penal adversarial na América Latina, a fim de que sejam, definitivamente, abandonadas as raízes inquisitivas.

24 LANGER, Máximo. **Dos Transplantes jurídicos às traduções jurídicas: a globalização do plea bargain e a tese da americanização do processo penal**. DELICTAE: Revista de Estudos Interdisciplinares sobre o Direito, [s.i.], v. 2, n.3, p.19, dez 2019. ISSN 2526-5180. Disponível em < <http://delictae.com.br/index.php/revista/article/view/41>>. Acesso em: 15 de fevereiro de 2019. doi. <https://doi.org/10.24861/2526-5180.v2i3.41>.

25 LANGER, Máximo. **Dos Transplantes jurídicos às traduções jurídicas: a globalização do plea bargain e a tese da americanização do processo penal**. DELICTAE: Revista de Estudos Interdisciplinares sobre o Direito, [s.i.], v. 2, n.3, p.19, dez 2019. ISSN 2526-5180. Disponível em < <http://delictae.com.br/index.php/revista/article/view/41>>. Acesso em: 15 de fevereiro de 2019. doi. <https://doi.org/10.24861/2526-5180.v2i3.41.114/115>

Dentre os principais elementos, Binder refere um programa de melhoria da oralidade, através de diversas dimensões, ressaltando que quando trata de oralidade, em verdade, quer transmitir a ideia de que não se imponha uma pena sem um julgamento imparcial, despido de caráter sigiloso e baseado na convicção íntima do julgador²⁶.

Para Binder, outra dimensão da oralidade é a possibilidade de idealizar um espaço de pacificação do conflito, diferentemente do que ocorre em uma perspectiva inquisitorial, quando a participação do acusado e até mesmo da vítima se torna secundária. Neste viés de pacificação de conflito pela primazia da oralidade, na concepção do autor, seria possível uma deliberação entre os atores processuais e a criação de uma modalidade de intervenção: “*Programa Latinoamericano de Mejoramiento de la Oralidad que sea un punto de encuentro entre las instituciones encargadas de la formación judicial, el mundo académico y las ONG’s que realizan seguimiento y monitoreo del sistema de justicia penal*”²⁷.

Refere ainda que é necessária uma alteração de mentalidade dos atores processuais, sendo, a seu ver, mais importante uma resposta do sistema ou através de vias alternativas, do que a regular tramitação processual. Para tanto, na visão do professor é necessária uma verdadeira mudança de práticas, novas formas de intervenção que permitam a expansão do sistema adversarial.

Para tanto, Binder propõe a adoção do que intitula de “contracultura adversarial”, mecanismo que consiste em buscar com que todo o sistema atue inspirado em matrizes adversariais, de modo que seja possível tornar esta a cultura dominante ao longo do tempo, capaz de superar a cultura inquisitorial²⁸.

Para isso, porém, é indispensável que sejam adotadas determinadas regras de atuação cujo efeito “contracultural” é maior, especialmente na etapa inicial, a fase de implementação. Neste sentido, o jurista aponta as seguintes regras: a) Audiências públicas e sob o crivo do contraditório; b) Controle da sobrecarga de trabalho na Justiça penal; c) Uso da informação; d) Defesa pública; e) Participa-

26 FUCHS, Marie Christine, GONZÁLEZ, Marco F. Leonel. *La Justicia Penal Adversarial en América Latina: Hacia la gestión del conflicto y la fortaleza de la Ley*. Coordinación Laura Cora Bogani, Prólogo Alberto M. Binder. FUNDACIÓN KONRAD ADENAUER. 2018. CHILE. Disponível em: https://www.academia.edu/37951708/La_Justicia_Penal_Adversarial_en_Am%C3%A9rica_Latina._Hac%C3%ADa_la_Gesti%C3%B3n_del_conflicto_y_la_fortaleza_de_la_Ley. Acesso em 19 de fevereiro de 2019.p613.

27

28 FUCHS, Marie Christine, GONZÁLEZ, Marco F. Leonel. *La Justicia Penal Adversarial en América Latina: Hacia la gestión del conflicto y la fortaleza de la Ley*. Coordinación Laura Cora Bogani, Prólogo Alberto M. Binder. FUNDACIÓN KONRAD ADENAUER. 2018. CHILE. Disponível em: https://www.academia.edu/37951708/La_Justicia_Penal_Adversarial_en_Am%C3%A9rica_Latina._Hac%C3%ADa_la_Gesti%C3%B3n_del_conflicto_y_la_fortaleza_de_la_Ley. Acesso em 19 de fevereiro de 2019.p622.

ção da vítima²⁹.

Assim, frente às ponderações doutrinárias, evidencia-se que apesar de a introdução de mecanismos de consenso em sistemas inquisitoriais tenha a pretensão inicial de flexibilizar práticas autoritárias e restabelecer vieses democráticos, a realidade aponta para a utilização dos meios de negociação como mecanismo de dissimulação da existência de um processo, como justificativa para simplificá-los ou claramente evitá-los³⁰.

4. A INTRODUÇÃO DOS ESPAÇOS DE CONSENSO NA JUSTIÇA CRIMINAL BRASILEIRA: DOS JUIZADOS ESPECIAIS AO “PACOTE ANTICRIME”

É no contexto sociopolítico de expansão do processo penal e justiça criminal (neo)inquisitorial que aflora no processo penal brasileiro o intuito de importar soluções consensuais, sob a falsa analogia de que esta mudança fragilizará o sistema inquisitorial atualmente instaurado.

Não é fato recente a ampliação dos espaços de consenso no âmbito criminal no cenário brasileiro, sendo a primeira experiência com a negociação penal a lei nº 9.099/95, à época de sua edição, vista como verdadeira revolução, como conceituou Ada Pellegrini:

É uma verdadeira revolução (jurídica e de mentalidade), porque quebrou-se a inflexibilidade do clássico princípio da verdade material, agora temos que admitir também a verdade consensuada.

Vinte anos após sua redação, a lei dos Juizados Especiais Criminais representa a redução dos padrões mínimos do devido processo legal no tratamento de casos de menor potencial ofensivo. Não houve uma alteração substancial positiva no paradigma processual penal, efetivamente preocupado com a solução de conflitos sociais.

Em que pese a aplicabilidade dos institutos da transação penal e suspensão condicional do processo sejam aplicáveis apenas aos casos de menor potencial ofensivo e na prática sua regulamentação seja bastante distinta da justiça nego-

29 MOREIRA, Rômulo de Andrade. **As reformas processuais penais na América Latina, segundo Alberto Binder.**, JUSTIFICANDO. Disponível em: <http://www.justificando.com/2019/01/15/as-reformas-processuais-penais-na-america-latina-segundo-alberto-binder/>. Acesso em 18 de abril de 2019.

30 LANGER, Máximo. **Dos Transplantes jurídicos às traduções jurídicas: a globalização do plea bargain e a tese da americanização do processo penal.** DELICTAE: Revista de Estudos Interdisciplinares sobre o Direito, [s.i.], v. 2, n.3, p.76, dez 2019. ISSN 2526-5180. Disponível em < <http://delictae.com.br/index.php/revista/article/view/41>>. Acesso em: 15 de fevereiro de 2019. doi. <https://doi.org/10.24861/2526-5180.v2i3.41>.

ciada estadunidense, por exemplo, a lesividade das violações aos pressupostos do processo penal democrático são preocupantes.

Não é exagero afirmar, inclusive, que, com base em um panorama geral do punitivismo brasileiro, seletivo e desigual, as consequências negativas da importação de institutos são inevitáveis, pois fulminam os pilares da instrumentalidade constitucional, “acabando por desterrar o mais importante de todos: o direito a um processo judicial justo.”³¹

Assim, os discursos eufóricos daqueles que viam na lei nº 9.099/1995 uma revolução na justiça criminal brasileira, como foi o caso de Ada Pellegrini, prosperaram por ínfimo transcurso de tempo. A aplicação prática dos institutos passou a contrariar rapidamente a suposta revolução, pois as finalidades de racionalização e redução de reincidência do poder punitivo ocasionaram o ressurgimento dos casos anteriormente não tutelados penalmente³².

Soma-se a isso, o fato de que os ideais de proximidade entre acusado e vítima, visando uma negociação pacífica com eventual reparação de danos à vítima não possuem efeito prático, na medida em que o ideal de oralidade, tal como idealizado por Binder, é inexistente. Os atores jurídicos determinam a resolução do conflito visando o encerramento do caso o mais rápido possível, por arquivamento ou imposição imediata da sanção penal.

Não é atoa que poucos anos após a promulgação da Lei nº 9.099/95 a doutrina já rechaçava os mecanismos de consenso na prática, por demonstrarem uma antecipação do poder punitivo. Segundo Maria Lúcia Karam: “No Brasil, não muito tempo depois da criação dos juizados especiais criminais, já se percebia essa ‘economia’ funcional ao agigantamento do sistema penal”³³.

A contradição lógica decorre da inversão ideológica prática. Explica-se: já nos primeiros anos de vigência da Lei nº 9.099/1995, consolidou-se o entendimento de que seria possível a conversão de transação penal em pena privativa de liberdade nos casos de descumprimento, ou, ainda, a subsunção do acusado que descumpra o “acordo” como incurso nas sanções do cometimento de “desobediência” (artigo 330 do Código Penal). Este último caso, felizmente superado

31 LOPES JR, Aury. **Justiça Negociada: utilitarismo processual e eficiência antigarantista**. In CARVALHO, Salo. WUNDERLICH, Alexandre (org). **Diálogos Sobre a Justiça Dialogal. Teses e antíteses sobre os processos de informatização e privatização da Justiça Penal**. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2002.p. 119.

32 VASCONCELOS, Vinícius Gomes de. **Barganha e justiça criminal negocial: análise das tendências de expansão no processo penal brasileiro**. Dissertação de Mestrado. – Porto Alegre, 2014 p. 311.

33 KARAM, Maria Lúcia. **Juizados Especiais Criminais. A contretização antecipada do poder de punir**. São Paulo: Editora RT, 2004 p28.

pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal³⁴.

Nesta perspectiva, é inquestionável o fracasso da Lei nº 9.099/95 com base nos ideais ponderados à época de sua edição. Em verdade, a legislação “revolucionária” restou completamente desvirtuada e contraproducente, na medida em que acabou por fortalecer o poder punitivo estatal.

É previsível, portanto, o insucesso da justiça negociada no tocante às infrações de maior complexidade, como nos casos dos crimes praticados por intermédio de organizações criminosas, motivo pelo qual a doutrina brasileira não possui qualquer justificativa para apostar no sucesso da expansão dos mecanismos de consenso.

Exemplifica-se como segundo marco de retrocesso, o advento da lei nº 12.850/2013, com a regulamentação do instituto da colaboração premiada, conhecido desde 1990, com a Lei nº 8.072/1990 (crimes hediondos), sob a nomenclatura de delação premiada, bem como em legislações esparsas: Lei nº 7.492/1986 (crimes contra o sistema financeiro nacional), Lei nº 8.137/1990 (crimes contra a ordem tributária e econômica), Lei nº 9.034/90 (antiga lei dos crimes organizados), Lei nº 9.613/1998 (Lavagem de capitais, alterada pela Lei nº 12.682/2012), Lei nº 9.807/1999 (proteção de vítimas e testemunhas) e Lei nº 11.343/2006 (Lei de Drogas)³⁵.

O instituto da colaboração premiada, indiscutivelmente, decorre desse movimento latino-americano de importação de instituições estadunidenses em suas reformas, associado ao amplo desejo do poder punitivo estatal de simplificar o suposto processo penal misto.

Em apertada síntese, a colaboração premiada implica que o acusado renuncie aos seus direitos, mediante a promessa de imposição de uma pena (in)justa sem julgamento. Como refere Gabriel Anitua:

A promessa de lhe impor uma pena de forma direta e sem julgamento, que seria menor àquela que lhe poderia ser-lhe imposta ao optar exercer seus direitos, é a via

34 EMENTA: HABEAS CORPUS. CRIME DE LESÃO CORPORAL LEVE CONTRA IDOSO. TRANSAÇÃO PENAL. NÃO-CUMPRIMENTO DE PENA RESTRITIVA DE DIREITOS. NÃO-COMETIMENTO DE CRIME DE DESOBEDIÊNCIA. A jurisprudência deste Supremo Tribunal Federal é firme no sentido de que o descumprimento da transação penal a que alude o art. 76 da Lei nº 9.099/95 gera a submissão do processo ao seu estado anterior, oportunizando-se ao Ministério Público a propositura da ação penal e ao Juízo o recebimento da peça acusatória. Não há que se cogitar, portanto, da propositura de nova ação criminal, desta feita por ofensa ao art. 330 do CP. Ordem concedida para determinar o trancamento da ação penal pelo crime de desobediência.(HC 84976, Relator(a): Min. CARLOS BRITTO, Primeira Turma, julgado em 20/09/2005, DJ 23-03-2007 PP-00105 EMENT VOL-02269-02 PP-00261)

35 OSÓRIO, Fernanda Corrêna. LIMA, Camile Eltz de. **Considerações sobre a Colaboração Premiada: Análise Crítica do Instituto Introduzido com o advento da Lei nº 12.850/2013.** In *Processo Penal e Garantias*. Organizador. PRADO, Geraldo. 2ª Edição ampliada e revisada. Florianópolis (SC) Empório do Direito. 2016 p.191/194.

utilizada para obrigar o acusado a “colaborar”, concordando com a acusação. Os “acordos” assim obtidos representam um golpe mortal contra a estrutura do juízo penal em um estado de direito liberal³⁶.

A perspectiva de imposição instaurada, acarreta a renúncia do acusado a direitos irrenunciáveis, prática eminentemente oposta ao princípio da legalidade, que constitui a maior baliza de limitação de poder e garantia da segurança jurídica dentro do Estado de Direito brasileiro.

No âmbito da macrocriminalidade, os professores Miguel Reale Júnior e Alexandre Wunderlich esclarecem:

O Brasil experimenta dois modelos de acordos de colaboração premiada, ambos aceitos/homologados pelo Supremo Tribunal Federal. Temos uma hipótese de acordo em que (a) a sanção premial é fechada, no qual a pena é acertada entre o Ministério Público e o colaborador da Justiça quando do contrato e, depois, o clausulado é homologado pelo juiz. E, outra, de (b) sanção premial aberta, a ser definida pelo Juízo na sentença condenatória, nos termos legais³⁷.

Evidentemente que ambas as ocasiões exemplificadas pelos autores revelam uma imposição e não se questiona, portanto, que o instituto da dita colaboração premiada é uma maximização do poder punitivo na busca por uma maior repressão à criminalidade, em que pese confissão da própria ineficiência estatal no tocante à efetividade de investigações quanto aos crimes organizados.

Por conseguinte, a suposta primazia por eficiência e celeridade acaba por instaurar absoluto abandono às “formas”, o que implica em um procedimento à parte, dissociado de garantias conquistadas a dura penas pela democracia brasileira³⁸,

Ademais, outro ponto nevrálgico da expansão do espaço negocial, é o abandono da busca pela verdade. São diversos os motivos para que a verdade não seja levada a segundo plano, sobretudo, na conjuntura atual em que se busca o restabelecimento da presunção de inocência e o *in dúbio pro reu*.³⁹

Os professores Sergio Moccia e Clelia Iasevulli, ambos titulares da Univer-

36 ANITUA, Gabriel Ignácio. **A Importação de Mecanismos Consensuais do Processo Estadunidense nas Reformas Processuais Latino-Americanas**. In: *Sistemas Processuais Penais/organização Ricardo Jacobson Gloeckner* – 1. Ed. Florianópolis (SC): Empório do Direito, 2017.p358.

37 Artigo Miguel Reale e Alexandre Wunderlich IBCCRIM (ver como referir)

38 AQUINO, Pamela. SILVA, Tamara. **Inviolabilidade do Domicílio: Fundadas Razões à brasileira**. Congresso Acadêmico de Direito da UNIVALI: Estado e Constituição - os 30 anos da Constituição cidadã. 1.ed.- Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2019. 3Mb; Ebook. Disponível em: <Htps://www.tirant.com/docs/CONGRESSO_ACADEMICO_ESTADO_E_CONSTITUICAO.pdf>. Acesso em: 10 de abril 2019.

39 KHALED JR. Salah h. **A busca pela verdade no processo penal: para além da ambição inquisitorial**. São Paulo: Atlas, 2013.p.209.

sidade de Frederico II, elucidam que:

As novas tendências da epistemologia conduziram, assim, a ingressar na estrada da relativização do conceito de verdade, preferindo aproximações culturalmente contíguas ao método acusatório descrito; se quem indaga é ele próprio parte do sistema experimental, se as suas “hipóteses de trabalho” condicionam a pesquisa a ponto de canalizá-la em uma metodologia precisa, em direção a finalidades prefixadas, e em um contexto dirimente para a própria pesquisa, então resulta na clara necessidade de preservar o juízo penal de aspirações desumanas: foi justamente afirmado que o conceito de “saber” é análogo aos conceitos de “crer, duvidar, conjecturar, ser convencidos.”⁴⁰

A passagem ao processo penal brasileiro (neo)inquisitorial legítima não só o estímulo à barganha, quanto a existência de uma verdade negociada. Não mais uma verdade materializada pela reconstituição dos fatos, mas, sim, em face de negociações. Perde-se a relação entre crime, pena e processo.

Caem por terra também, os argumentos de que nenhum cidadão é obrigado a se autoincriminar ou produzir prova contra si mesmo, frente a promessa de uma redução significativa de pena, e a suposição nas entrelinhas de que no caso de rejeição da proposta o acusado pode vir a ser prejudicado, elementos intensificados conforme o contexto social do réu, obviedade na perspectiva da justiça criminal brasileira⁴¹.

Portanto, nas mais diversas perspectivas de análise do tema identifica-se a hipocrisia enraizada no discurso punitivista, que circula através de diversas roupagens de ressignificação de institutos, atribuindo até mesmo ao acusado a responsabilidade da persecução penal face à ineficiência estatal⁴².

Não bastassem as experiências de insucesso, as propostas mais recentes articuladas no âmbito da ampliação dos espaços de consenso na justiça criminal brasileira são o “acordo de não-persecução penal” e o “acordo penal”, ambos inseridos entre as propostas defendidas no “Projeto Anticrime”, apresentado pelo Ministério da Justiça e Segurança Pública do Governo Federal brasileiro⁴³.

O projeto pretende inserção de dois institutos de negociação, (a) o “acordo de não-persecução penal”, como uma nova espécie de transação penal e (b) o

40 MOCCIA, Sergio. IASEVOLI, Clelia. **Verdade Substancial e Verdade Processual. In: Sistemas Processuais Penais**/organização Ricardo Jacobsen Gloeckner – 1. Ed. Florianópolis (SC): Empório do Direito, 2017.p359.p.151.

41 VASCONCELOS, Vinícius Gomes de. **Barganha e justiça criminal negocial: análise das tendências de expansão no processo penal brasileiro**. Dissertação de Mestrado. – Porto Alegre, 2014 p.282.

42

43 Apresentado ao Congresso Nacional em 19 de Fevereiro de 2019, o projeto recebeu na Câmara de Deputados o número de PL 882/2019.

“acordo penal”, muito semelhante ao modelo de *“plea bargaining”* estadunidense, aplicável a qualquer tipo penal, podendo ser realizado após o recebimento da denúncia ou queixa e até o início da instrução, com imediata aplicação das penas, a requerimento do Ministério Público ou acusado.

No caso do “acordo de não-persecução penal”, a proposta de solução consensual ocorreria ao final da investigação preliminar, quando não for o caso de seu arquivamento, e antes do oferecimento da denúncia, com a observância da pena máxima aplicável ao delito, onde seria aplicável a transação penal para o caso de penas máximas até dois anos e “acordo de não-persecução” para penas máximas inferiores a quatro anos.

Em nota técnica contra o intitulado “Pacote Anticrime” o instituto Brasileiro de Ciências Criminais apresentou um quadro comparativo entre a transação penal e o almejado instituto do “acordo de não-persecução penal”, onde revelam-se traços de ampliação de poderes do Ministério Público, inclusive superiores ao do Poder Judiciário nestes casos⁴⁴.

Consequentemente, é possível afirmar que o acordo de “não persecução penal” representa uma versão ainda mais autoritária e punitivista quando em comparação com o instituto da Transação Penal, haja vista a ampliação de poderes do órgão de acusação e limitação do julgador⁴⁵.

Relativamente à proposta de inserção do “acordo penal” após a instauração da ação penal, também são diversos os reflexos negativos de inserção no modelo de justiça criminal brasileiro. O instituto definido como “acordo penal” é uma tradução do modelo de *“plea bargaining”* estadunidense, que já sofreu severas críticas doutrinárias em razão de apresentar como contrafator o encarceramento em massa.

Neste aspecto, sobrepõe-se a seguinte reflexão: se no modelo de justiça adversarial o *“plea bargaining”* teve efeitos nefastos, o que seria possível esperar de sua aplicação no modelo brasileiro inquisitorial?

O professor Fauzi Hassan Choukr, em sua genialidade, conclui:

E, se para as infrações de menor potencial ofensivo o fracasso do modelo negocial se mostrou rapidamente evidente pelas suas promessas não cumpridas – dentre elas,

44 **Nota técnica do IBCCRIM**, publicada em 11/04/2019, disponível em: http://ibccrim.org.br/docs/2019/Nota_Tecnica_Pacote_Anticrime.pdf

45 Sobre a vinculação do juiz aos termos de acordo de colaboração premiada homologado, decidiu o STF: “o acordo de colaboração homologado como regular, voluntário e legal deverá, em regra, produzir seus efeitos em face do cumprimento dos deveres assumidos pela colaboração, possibilitando ao órgão colegiado a análise do parágrafo 4º do artigo 966 do Código de Processo Civil” (STF, QO na PET 7.074, Trib. Pleno, rel. Min. Edson Fachin, j. 29.06.2017).

a celeridade é um fantasma à parte nessa estrutura -, quando a expansão negocial chegou à macrocriminalidade, à “criminalidade que importa”, aquela que vitimiza toda a sociedade pelos seus efeitos perversos, as deficiências estruturais da negociação, negligenciadas até então porquanto reduzidas ao universo da desimportância ofensiva, foram aos holofotes. Déficits de legalidade sobre o que negociar, como negociar e os papéis processuais nessa negociação passaram a ser alvo de críticas recorrentes em vários cenários jurídicos⁴⁶

Por todo o exposto, não é por mero acaso que as análises atuais acerca da expansão dos espaços de consenso traduzem conclusões pessimistas e ressaltam a necessidade de empenho de toda a comunidade acadêmica, operadores do direito e até mesmo da sociedade civil no afã de conter o avanço de medidas autoritárias em aniquilação do devido processo penal.

5. CONCLUSÃO

Evidentemente que as reflexões aqui apontadas são incapazes de esgotar o assunto, sobretudo, em face do momento de maiores incertezas em relação ao futuro do processo penal brasileiro. Todavia, diante da análise crítica dos tópicos abordados, é inegável a necessidade de preservação dos direitos fundamentais e restabelecimento da ordem democrática no âmbito da justiça criminal brasileira.

Identificou-se, de plano, que por trás da falácia do sistema processual misto esconde-se a mentalidade inquisitorial que fragiliza a democracia brasileira, sendo infrutífera qualquer reforma sem que seja realizada uma aprofundada reflexão neste ponto. Não se pode admitir a necessidade de reformas baseadas em discursos imediatistas.

Afirma-se, em termos de conclusão geral, que a ampliação dos espaços negociais no processo penal deve sofrer severas críticas no âmbito jurídico-criminal, pois em momento algum o discurso é direcionado para o restabelecimento dos vieses democráticos.

Arrisca-se a dizer que talvez a reforma mais significativa no processo penal brasileiro fosse a estrita observância da Constituição Federal. Não há que se falar em reformas processuais benéficas sem a adoção de mecanismos processuais capazes de contribuir para o fortalecimento da ordem democrática.

A justiça criminal brasileira demonstra, em uma perspectiva histórica, que os traços inquisitoriais sempre nortearam o comportamento dos atores proces-

46 CHOUKR, Fauzi Hassan. **Pacote Anticrime: silêncios e continuísmos**. Disponível em: https://www.ibccrim.org.br/boletim_artigos/360-318-Maio2019. Acesso em mai. de 2019.

suais, bem como o futuro da justiça penal brasileira está comprometido por esta mentalidade jurídica autoritária e imediatista.

Na prática, a expansão dos espaços de consenso consiste em nova tentativa de mascarar o intuito de punir sem a estrita observância do devido processo legal, tendo-se em vista que na justiça criminal brasileira a justiça negociada é potencializadora de transgressões a direitos fundamentais.

Diante disso, aprontar-se que, em pese os legisladores devam recorrer constantemente ao estudo do direito comparado para harmonização de sistemas e garantias processuais, evidencia-se um abismo existencial entre as soluções negociadas quando aplicadas em sistemas adversariais em contraponto aos inquisitoriais.

Ademais, não se pode transferir ao acusado a responsabilidade por dinamizar a condenação penal, pois é evidente que o desafio pragmático de celeridade e austeridade do Poder Judiciário é secundário ao urgente desafio civilizatório de garantia do direito de defesa da inocência no Brasil.

Os discursos reformistas revelam a ideologia inquisitorial por traz das soluções céleres e consensuais. A ótica inquisitorial se sobrepõe à ambição de verdade, que ao fim e ao cabo, não releva nada além do desejo estatal de condenar, em manifesta transgressão ao devido processo.

O futuro é incerto, mas o passado é categórico ao apontar os caminhos que trouxeram os rumos do processo penal brasileiro à lamúria. Assistimos, há décadas, o processo penal brasileiro ser reduzido à uma sondagem subjetiva na qual as garantias conquistadas a duras penas pela democracia brasileira são colocadas em segundo plano. Portanto, como observa Salo de Carvalho: “se a biografia das práticas penais, apesar da sinuosidade, tem demonstrado que a regra do poder penal é o inquisitorialismo, imprescindível otimizar técnicas de blindagem dos direitos fundamentais como forma de densificar práticas garantistas”⁴⁷.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AQUINO, Pamela. SILVA, Tamara. **Inviolabilidade do Domicílio: Fundadas Razões à brasileira.** Congresso Acadêmico de Direito da UNIVALI: Estado e Constituição - os 30 anos da Constituição cidadã. 1.ed.- Florianópolis : Tirant lo Blanch, 2019. 3Mb ; Ebook. Disponível em: https://www.tirant.com/docs/CONGRESSO_ACADEMICO_ESTADO_E_CONSTITUICAO.pdf. Acesso em: 10 abr. 2019.

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. Ônus da prova do processo penal. Editora Revista dos Tribunais, 2003.

47 CARVALHO, Salo de. **Antimanual de Criminologia.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p78.

_____. Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. **Código de processo penal**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm>. Acesso em: 13 abr. 2019.

CASARA, Rubens RR. **Estado Pós Democrático: neo-obscurantismo e gestão dos indesejáveis**. 4ª Ed. – Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2018.

CARVALHO, Salo de. **Antimanual de Criminologia**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008

_____. WUNDERLICH, Alexandre (org). **Diálogos Sobre a Justiça Dialogal. Teses e antíteses sobre os processos de informalização e privatização da Justiça Penal**. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2002.p. 119.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: teoria do garantismo penal**. 2 ed. rev. e amp. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

FUCHS, Marie Christine, GONZÁLEZ, Marco F. Leonel. **La Justicia Penal Adversarial en América Latina: Hacia la gestión del conflicto y la fortaleza de la Ley**. Coordinación Laura Cora Bogani, Prólogo Alberto M. Binder. FUNDACIÓN KONRAD ADENAUER. 2018. CHILE. Disponível em: https://www.academia.edu/37951708/La_Justicia_Penal_Adversarial_en_Am%C3%A9rica_Latina._Hac%C3%ADa_la_Gesti%C3%B3n_del_conflicto_y_la_fortaleza_de_la_ley.

GIACOMOLLI, José Nereu. **Reformas (?) do Processo Penal: Considerações Críticas**. Rio de Janeiro. Editora Lumen Juris, 2008.

_____, Nereu José. **Atividade do juiz criminal frente à constituição: deveres e limites legais em face do princípio do acusatório**.In GAUER, Ruth Maria Chittó (coord). **Sistema Penal e Violência**. Lumen Juris2006

GLOECKNER, Ricardo Jacobsen, **Autoritarismo e processo penal: uma genealogia das ideias autoritárias no processo penal brasileiro**. Volume 1. 1. ed. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018.

_____. **Sistemas Processuais Penais/organização** Ricardo Jacobsen Gloeckner – 1. Ed. Florianópolis (SC): Empório do Direito, 2017

_____. **Nulidades no Processo Penal**. Col. Ciências Criminais.3ª Ed. Saraiva, 2017.

KHALED JÚNIOR, Salah H. **Discurso de Ódio e sistema penal**. Belo Horizonte (MG): Letramento, 2018

_____. **A busca pela verdade no processo penal: para além da ambição inquisitorial**. São Paulo: Atlas, 2013

LANGER, Máximo. **Dos Transplantes jurídicos às traduções jurídicas: a globalização do plea bargain e a tese da americanização do processo penal**. DELICTAE: Revista de Estudos Interdisciplinares sobre o Direito, [s.i.], v. 2, n.3, p.19, dez 2019. ISSN 2526-5180. Disponível em < <http://delictae.com.br/index.php/revista/article/view/41>

LOPES JR, Aury. **Direito processual penal**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

_____. **Direito processual penal**. São Paulo: Saraiva, 2018.

_____. **Fundamentos do Processo Penal**. São Paulo. 4. ed. Saraiva Educação, 2018.

MOREIRA, Rômulo de Andrade. **As reformas processuais penais na América Latina**, segundo Alberto Binder., JUSTIFICANDO. Disponível em: <http://www.justificando.com/2019/01/15/as-reformas-processuais-penais-na-america-latina-segundo-alberto-binder/>. Acesso em 18 de abril de 2019.

NETO, Jayme Weingartner. SARLET. Ingo Wolfgang. Revista de **Direitos Fundamentais e Democracia**. Curitiba: 2013. Disponível em: <<http://revistaeletronicardfd.unibrasil.com.br/index.php/rdfd/article/viewFile/470/358>>. Acesso em: 06 mai. 2019.

OSÓRIO, Fernanda Corrêna. LIMA, Camile Eltz de. **Considerações sobre a Colaboração Premiada:**

Análise Crítica do Instituto Introduzido com o advento da Lei nº 12.850/2013. In Processo Penal e Garantias. Organizador. PRADO, Geraldo. 2ª Edição ampliada e revisada. Florianópolis (SC) Empório do Direito. 2016

PRADO, Geraldo. **Sistema Acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DO RIO GRANDE DO SUL. Biblioteca Central Ir. José Otão. Modelo para apresentação de artigos de periódicos elaborado pela Biblioteca Central Irmão José Otão. 2018. Disponível em: <http://www.pucrs.br/biblioteca/artigos>.

ROSA, Alexandre Morais da. **Guia compacto do processo penal conforme a teoria dos jogos.** 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

VASCONCELOS, Vinícius Gomes de. **Barganha e justiça criminal negocial: análise das tendências de expansão no processo penal brasileiro.** Dissertação de Mestrado. – Porto Alegre, 2014.

A DINÂMICA DA (IN) APLICABILIDADE EFEITOS DA CONDENAÇÃO PENAL: UM ESTUDO DE CASO NA COMARCA DE SÃO LUÍS DO ESTADO DO MARANHÃO

Gabriel Salazar Curty¹

Jayanne Ághata Lima Prazeres²

Matheus Arruda Gomes³

RESUMO: O presente artigo tem como objetivo principal tratar sobre os efeitos da sentença penal condenatória em seus múltiplos âmbitos (penais e extrapenais), iniciando com uma breve análise do entendimento legal e doutrinário que, a priori, será abordado em uma visão geral e, a posteriori, com aprofundamento das análises quanto as controversas advinda do tema no contexto doutrinário, bem como jurisprudenciais dos Tribunais brasileiros. Assim, busca-se tecer considerações acerca da dinâmica da (in) aplicabilidade dos efeitos dessa condenação dentro desses cenários controversos, com a finalidade de afunilar as discussões para as decisões exaradas na Comarca de São Luís do Maranhão. Metodologicamente, a pesquisa assume um cunho exploratório que perpassa por análises teóricas através da revisão bibliográfica e legal, bem como estudos de casos da Comarca mencionada, além da aproximação empírica, feita através de entrevistas aos juízes de direito quanto à problemática, dando uma abordagem qualitativa para a pesquisa, por se tratar de valoração e não quantificação dos dados.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Processual Penal, Direito Penal, Efeitos da Condenação Penal, Efeitos Extrapenais Genéricos e

1 Autor. Bacharelado em Direito pela UNEMAT campus Cáceres – Universidade do Estado de Mato Grosso Carlos Alberto Reyes Maldonado, Campus Universitário Jane Vanini; pesquisador da ABDConst – Academia Brasileira de Direito Constitucional; Diretor de Eventos do Centro Acadêmico de Direito da UNEMAT campus Cáceres.

2 Coautora. Bacharelada em Direito pela Universidade Ceuma; pesquisadora voluntária pelo PIBIC.

3 Coautor. Aluno especial do Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal de Sergipe - PRODIR/UFS. Pós-graduando em Ciências Criminais pela Faculdade de Direito 8 de julho. Bacharel em Direito pelo Centro Universitário Regional de Alagoinhas - UNIRB.

Específicos.

ABSTRACT: The main objective of this article is to deal with the effects of criminal sentencing in its multiple areas (criminal and extra criminal), starting with a brief analysis of the legal and doctrinal understanding that, a priori, will be addressed in a general view and, a posteriori, with further analysis of the controversies arising from the theme in the doctrinal context, as well as jurisprudential of the Brazilian Courts. Thus, it seeks to make considerations about the dynamics of (in) applicability of the effects of this conviction within these controversial scenarios, with the purpose of narrowing the discussions for the decisions issued in the District of São Luís do Maranhão. Methodologically, the research assumes an exploratory nature that goes through theoretical analysis through the bibliographic and legal review, as well as case studies of the mentioned District, in addition to the empirical approach, made through interviews with judges of law on the issue, giving a qualitative approach to the research, because it is about valuation and not quantification of data.

KEYWORDS: Criminal Procedural Law, Criminal Law, Effects of Criminal Conviction, Generic and Specific Extra Criminal Effects.

1. INTRODUÇÃO

Falar de condenação penal merece profundas reflexões, pois a mesma é carregada de efeitos que ultrapassa a própria esfera penal. Neste sentido, o presente trabalho objetiva-se tratar dos efeitos da condenação penal transitado em julgado com intuito de verificar sua dinâmica de (in) aplicabilidade.

Para tal, visa trabalhar com cruzamentos doutrinários e jurisprudencial, que muito controverso se fazem, verificando as correntes majoritárias, bem como os posicionamentos dos tribunais frente a este objeto. Diante desta análise, aprofundar o olhar para esta dinâmica na comarca da Ilha de São Luís do estado do Maranhão, afim de verificar se tal cenário doutrinário e jurisprudencial acontece na comarca

Metodologicamente, usou-se inicialmente de pesquisas bibliográfica, com revisões doutrinárias para cruzar os posicionamentos acerca do objeto da presente

demanda, bem como abordagens jurisprudenciais, com intuito de descrever os efeitos da condenação penal, trazendo uma seção com noções gerais do instituto, uma seção para tratar dos efeitos genéricos e outra seção dos efeitos específicos. Ainda, direcionar o estudo para os posicionamentos doutrinário majoritários, bem como posicionamento tribunais adotados.

Com a pesquisa empírica, realizada através de entrevistas dos juízes de direito da comarca da Ilha de São Luis do estado do Maranhão, buscou questionar aos magistrados quais seus posicionamentos/entendimentos acerca de tais efeitos, sendo colhida opiniões diversas e acostadas no presente.

Destaca-se, ainda, que os dados obtidos na presente pesquisa são de cunhos qualitativos, lidando a demanda com valoração dos conceitos e posicionamentos da jurisprudência, bem como dos magistrados da comarca objeto do presente, sendo todas as análises e entendimento do trabalho, filtrados pelo método dedutivo.

Ao fim, podemos considerar que a tendência doutrinaria e jurisprudencial seguem para uma dinâmica muito grande de aplicabilidades e inaplicabilidade dos efeitos da condenação penal transitada em julgado, o pode levar o sistema a uma insegurança jurídica, ferindo a uniformização das decisões judiciais. O, através das entrevistas, também é possível constatar esta dinâmica, visto que os entendimentos seguem caminhos diferentes, reproduzindo as doutrinas majoritárias e os posicionamentos dos tribunais. Vale ressaltar, que o trabalho não vem no intuito de esgotar a discussão, mas expor a situação e verificar se é a mesma na comarca em estudo.

2. NOÇÕES INTRODUTÓRIAS DOS EFEITOS DA CONDENAÇÃO

Conforme apresentado por Luis Regis Prado (2014, p.551), os efeitos da condenação dizem respeito aos reflexos, diretos ou indiretos, da sentença penal condenatória transitada em julgado, ou seja, irrecorrível. Evidenciando que estes transcendem a esfera penal, pois incidem também no âmbito extrapenal, como: cível, político, administrativo, trabalhista, eleitoral, etc.

No entanto, sem dúvidas o principal efeito da sentença penal condenatória é a imposição da sanção penal (pena privativa de liberdade, restritiva de direitos, e/ou multa) ou de medida de segurança, sendo este o efeito penal primário da condenação. Entretanto, existem efeitos penais secundários da condenação, refle-

xos ou acessórios da sentença, como: gerar reincidência em caso de crime futuro, aumento ou interrupção do prazo prescricional, revogação dos *sursis*, revogação do livramento condicional, revogação reabilitação, dentre outros. Além disso, temos os chamados efeitos extrapenais da condenação que são divididos em genéricos e específicos.

Nesse sentido, o Código Penal prevê os efeitos extrapenais genéricos da condenação, que são de natureza automática, em seu art.91, onde dispõe que a sentença penal condenatória torna, automaticamente, certa a obrigação de reparar e/ou indenizar o dano causado pelo agente mediante o ato delituoso e que haverá a perda, em favor da União, dos instrumentos do crime (desde que consistam em coisas cujo fabrico, alienação, uso, porte ou detenção constitua fato ilícito) e dos produtos do crime. Dessa forma, temos configurado uma modalidade especial de confisco promovido pelo Estado.

Da mesma maneira, temos os efeitos extrapenais específicos da condenação previstos no art. 92 do Código Penal, que dispõe sobre a possibilidade de perda do cargo público, função pública ou mandato eletivo; perda do direito de exercício do poder familiar, tutela ou curatela e inabilitação para dirigir veículo automotor (em caso de uso deste como instrumento para prática de crime doloso), frisando que de acordo com o disposto no parágrafo único do referido artigo, os efeitos extrapenais específicos não são automáticos, devendo ser devidamente motivados pelo juízo na sentença penal condenatória. Vale ainda ressaltar que o ordenamento jurídico brasileiro adota a teoria de independência entre a responsabilidade civil e a responsabilidade penal (art. 35, CC), onde a sentença penal irrecorrível faz coisa julgada no cível, valendo esta como título executivo judicial, podendo a vítima promover a execução, perante o juízo cível, para o efeito de reparação do dano, não só ela como também seu representante legal ou seus herdeiros (art.63, CPP).

3. EFEITOS EXTRAPENAIIS GENÉRICOS

Segundo Greco (2017, p.815), embora o entendimento seja de que os efeitos da condenação previstos no art. 91 do Código Penal sejam genéricos, ou seja, automáticos (onde não há necessidade de sua declaração na sentença penal condenatória), há hipóteses onde o julgador deverá sim motivar sua decisão, para que esta possa produzir seus efeitos legais.

Nesse sentido, a regra geral é que o agente deve, independente de determinação expressa na sentença, indenizar e reparar o dano por ele causado e,

ainda, ter a perda em favor da União dos instrumentos e dos produtos ou bens auferidos mediante sua conduta criminoso. No entanto, com o advento da Lei nº 11.719/08 (que alterou o CPP), o juiz criminal passa a poder determinar já na sentença penal condenatória a reparação de danos líquidos certos causados pelo crime, há aqui uma antecipação da reparação do dano civil já na sentença penal.

Outra situação é os entendimentos e decisões controversas quanto a produção desse efeito na sentença penal que concede o perdão judicial: uma vertente defende o entendimento de que a sentença penal que concede o perdão judicial é declaratória extintiva da punibilidade, e não condenatória, logo não produziria o efeito extrapenal genérico supracitado ou qualquer outro efeito seja penal ou extrapenal. Entretanto, uma segunda vertente entende ser esta sentença condenatória, logo produziria o efeito extrapenal genérico aqui controverso. No entanto, no que tange à natureza da sentença penal concessiva do perdão judicial, o STJ por meio da súmula nº18 se pronunciou no sentido da primeira vertente aqui citada, de que essa sentença é declaratória extintiva da punibilidade, ou seja, esta não torna certa a obrigação de reparar o prejuízo causado à vítima.

Porém, mesmo que a sentença penal concessiva do perdão judicial não produza os efeitos da condenação, possui a vítima o direito de propositura da ação na busca do direito de reparação dos danos por ela sofridos no juízo cível, mas sem valer-se de uma sentença penal condenatória com natureza de título executivo judicial. Ainda, no sentido das naturezas das sentenças penais, é de relevância citar a sentença penal absolutória imprópria, sentença imposta aos inimputáveis que determina a medida de segurança, que também não é condenatória, logo, não torna certa a obrigação de reparar o dano provocado pelo agente, mas que a sentença proferida ao semi imputável é condenatória, produzindo o mencionado efeito.

Conforme Prado (2014, p.553), e como já dito anteriormente acerca da sentença penal concessiva do perdão judicial, faz-se imprescindível destacar que não impedem a propositura da ação civil a sentença penal absolutória (art. 66, CPP), o despacho de arquivamento do inquérito ou das peças de informação (art.67, I, CPP), a decisão que julgar extinta a punibilidade (art. 67, II, CPP) e a sentença absolutória que decidiu que o fato imputado não constituía crime (art. 67, III, CPP).

No que tange ao inciso II do art. 91 do Código Penal, temos a perda em favor da União dos instrumentos e dos produtos do crime, ressalvado o direito do lesado ou terceiro de boa-fé, ou seja, o confisco do Estado, e este tem conforme

afirma Sanches (2017, p.551), finalidade óbvia:

[...] impedir a propagação dos instrumentos idôneos para a prática de crimes, não permitir o enriquecimento ilícito do criminoso e, por fim, dismantelar as organizações criminosas, destruindo a sua célula nervosa, qual seja, impressionante capacidade financeira (fortuna), ainda que localizada no exterior.

Contudo, a lei não permite o confisco indiscriminado ou arbitrário por parte do Estado, mas somente dos instrumentos cujo fabrico, alienação, uso, porte ou detenção constitua fato ilícito. Conforme Bittencourt (2012): “Na verdade, confiscam-se aqueles instrumentos que, por sua destinação específica, são usados na prática de crimes, ou cujo uso ou porte sejam proibidos”. Afirma ainda Sanches (2017, p.551) que o legislador visou, dessa forma, evitar o confisco de instrumentos de trabalho, de estudo ou de qualquer atividade que seja, desde que constitua fato lícito. Dessa forma, faz-se mister frisar que mesmo que o objeto tenha sido utilizado como instrumento para prática de crime, desde que constitua fato lícito, não irá configurar a situação supracitada (confisco).

É inegável a divergência de ideias que transladam este entendimento legal, como o exemplo dado por Greco (2017, p.818): Caso alguém seja abordado portando arma de fogo registrada em seu nome e sem a devida autorização para o feito, deverá ser esta, alvo de confisco nos termos do art.92, II? Conforme entendimento dado pelo próprio em sua obra, a resposta é que, *in casu*, a arma não está sendo utilizada como instrumento do crime, sendo considerada apenas objeto material da infração penal (porte ilegal de armas). No mesmo sentido, temos as situações que envolvam o interesse do lesado ou terceiro de boa-fé, como em um caso hipotético em que o agente comete crime de roubo tendo como instrumento do crime arma de fogo que fora auferida mediante a prática de outro roubo. Neste caso, temos o produto de um crime utilizado como instrumento para prática de outro crime. Porém, a arma de fogo fruto do primeiro roubo não constitui fato ilícito pois é registrada em nome de quem possui autorização para o portá-la, mas que fora assaltado. Nesta lógica, conforme entendimento de Greco (2017), o proprietário da arma deverá vê-la restituída, pois constitui parte lesada, não podendo ser apenado indiretamente com a infração penal cometida pelo condenado.

Há de se falar também sobre o confisco dos produtos do crime ou de quaisquer bens que tenha sido adquirido pelo agente mediante o crime. Segundo Greco (2017), o objetivo do confisco dos produtos do crime também tem finalidade óbvia, seja esta a de evitar que o condenado obtenha qualquer vantagem com a

prática de sua infração penal. No entanto, como dito anteriormente, embora os efeitos da condenação de que tratam o art. 91 do Código Penal tenham, em tese, efeitos automáticos, há hipóteses em que o julgador deve motivar sua decisão, afim de que esta produza seus efeitos legais. Fundamentando tal afirmação temos o posicionamento do TJ-SP: “O confisco só se justifica quando houver prova concludente de que o bem é produto do crime” (Rel. Marcial Hollanda).

Neste sentido, quando se fala no efeito de confisco dos produtos do crime, previsto no inciso II do art. 91, embora entendido como automático, há necessidade do juiz fundamentar a comprovação de que o bem fora auferido mediante prática criminosa do agente, na sentença penal condenatória, afim de que não seja alvo de confisco deliberado todos os bens deste. Sendo alvo deste instituto somente os produtos, bens ou valores auferidos pelo agente com a prática da infração penal.

Ainda em relação aos produtos do crime, temos também ressalvado aqui o interesse do lesado ou terceiro de boa-fé. Dispõe o §1º do art. 91 do Código Penal acerca da perda, pelo agente, de bens e valores equivalentes ao produto ou proveito do crime quando estes não forem encontrados (e restituído ao lesado) ou quando se localizarem no exterior e o parágrafo segundo acerca das medidas assecuratórias (sequestro, hipoteca legal e arresto) que visem preservar o direito do lesado ou terceiro de boa-fé, abrangendo bens do investigado ou acusado para que, eventualmente, venha ser decretada sua perda.

Há, contudo, uma questão a ser observada quanto à perda de bens e valores do art. 43 do Código Penal, decretada em favor do Fundo Penitenciário Nacional, que é alvo de divergências doutrinárias quanto à sua (in) constitucionalidade, que acaba por vezes se confundindo com a perda de bens e valores do art. 91, CP. A CF traz em sua redação no art. 5º, XLV, que “nenhuma pena passará da pessoa do condenado, podendo a obrigação de reparar o dano e a decretação do perdimento de bens ser, nos termos da lei, estendida aos sucessores e contra eles executada, até o limite do valor do patrimônio transferido”.

Prado (2008) entende que a possibilidade de a perda de bens e valores até o limite do patrimônio transferido ser executada aos sucessores colide com os princípios constitucionais da personalidade e da individualização da pena, pois passaria da pessoa do condenado. Segue argumentando que o próprio Código Penal prevê que a morte do agente, além de tudo, é causa de extinção de punibilidade. Partindo da análise da argumentação de Prado (2008), é fácil perceber que este entende que a perda de bens disposta no art. 5º, XLV, se refere à perda de

bens em valores como uma das modalidades da pena restritiva de direitos, sendo, portanto, a execução desta contra os sucessores do condenado, inconstitucional.

Contrário ao entendimento de Prado, Roberto Delmanto (1999) entende que realmente a perda de bens em valores como modalidade penal restritiva de direito, conforme versa o art. 43 do CP, é pessoal e restrita à pessoa do criminoso. Mas que o dispositivo constitucional aqui citado não diz respeito à perda de bens e valores como pena (art. 43, CP), e sim como efeito extrapenal genérico da condenação (art. 91, §1º, CP). E continua argumentando que, não sendo efeito penal, e sim civil, a perda de bens e valores do art. 91 pode ser estendida aos sucessores do condenado.

4. EFEITOS EXTRAPENAIIS ESPECÍFICOS

Os efeitos extrapenais específicos, diferentemente dos genéricos, não são automaticamente produzidos, sujeitando-se à fundamentação e motivação do juiz na sentença penal condenatória. Tais efeitos encontram-se dispostos no art. 92 do Código Penal e, por valer-se do livre convencimento do julgador, mediante motivação, possuem natureza subjetiva, pois em um mesmo caso ou situação é cabível tanto a defesa de um posicionamento/decisão quanto a defesa de outro, contrária a este, dependendo do entendimento do juiz.

Ademais, compete ao magistrado a análise isolada do caso concreto, ou seja, mesmo que evidenciado e comprovado os fatos que se sujeitam aos efeitos dispostos no art. 92 do CP, não obriga este a determinar tais efeitos em sua sentença caso não veja relevância na sua aplicação. Logo, é importante entender que ao decidir aplicar esses efeitos, o magistrado deve comprovar a sua importância para os fins da pena. Nesse sentido é o magistério de Cezar Roberto Bitencourt (2009, p.737):

Os efeitos específicos da condenação, em suas três versões, objetivam afastar o condenado da situação criminógena, impedindo que se oportunizem as condições que, provavelmente, poderiam levá-lo à reincidência: reforça a proteção dos bens jurídicos violados e previne a reiteração da conduta delituosa.

No inciso I do art. 92 do Código Penal temos o primeiro efeito extrapenal específico da condenação, sendo este a perda de cargo público, função pública ou mandato eletivo. Prado (2014) afirma que é imprescindível frisar que o referido efeito extrapenal específico da condenação não se confunde com a proibição do exercício de cargo público, função pública ou mandato eletivo, constituindo esta proibição uma das modalidades da pena restritiva de direitos, a interdição

temporária de direitos (art. 47, I, CP). Continua sua explanação no sentido de que o efeito do inciso I do art. 92 são de natureza permanente da condenação, não temporários, visto que ainda que reabilitado, jamais poderá ocupar o cargo, função ou mandato anterior.

A controversa surge quanto a decisões contrárias dada por entendimentos do STF, a partir da interpretação dos arts. 15, III e 55, VI da CF, que segundo Prado (2014) deixa de modo pouco clara a perda do mandato do deputado federal ou senador que sofrer condenação criminal em sentença transitada em julgado.

O primeiro entendimento dado pelo STF acerca do tema, em 28 de novembro de 2012 na Ação Penal 470 (caso de corrupção que ficou conhecido como mensalão), foi no sentido de que condenação transitada em julgado por delito grave e sanção igualmente severa leva a perda dos direitos políticos e, de consequência, o mandato eletivo do parlamentar federal, cabendo à Casa respectiva a sua declaração formal. Entretanto, conforme entendimento mais recente, o STF decidiu, em 08 de agosto de 2013 na Ação Penal 565, que é de competência da Câmara dos Deputados e do Senado (art. 55, §2º, CF) decidir acerca da perda do mandato eletivo. Segundo Sanches (2017), o atual entendimento do STF tem sido o da Ação Penal 565, ou seja, de que cabe ao Poder Legislativo (Câmara dos Deputados e Senado) a decisão sobre a perda do mandato eletivo.

Além disso, muito se fala acerca da natureza jurídica do efeito da condenação previsto no inciso I do art. 92 do Código Penal, conforme afirma Galdino (1947) que “a perda da função pública, nas várias legislações, ora aparece como pena acessória, ora como efeito da condenação”. Consoante o pensamento de Siqueira, Lopes (2000) afirma que “são verdadeiras penas mascaradas de efeitos da condenação”.

Afim de entender melhor como se dá essa fundamentação no meio prático, temos o julgado do TJ-MT, na qual o juiz fundamenta sua decisão no sentido de considerar, *in casu*, a perda do cargo ou função pública por razão do efeito da sentença condenatória. A turma de Câmaras Criminais do TJ-MT proferiu a seguinte fundamentação:

Não obstante, não tenha o magistrado expressamente indicado a previsão legal na qual se baseou para decretar a perda do cargo público da revisionada, Fl. 8 de 13, observa-se da fundamentação exposta na sentença, que a sanção se deu porquanto o crime foi praticado em razão do cargo público, para buscar benefícios e conchas no ambiente escolar. Portanto, com fundamento no artigo 92, inciso I, alínea ‘a’, do Código Penal. Desta forma, a perda do cargo público tratou-se de um efeito

decorrente da condenação, a qual foi devidamente analisada e fundamentada pelo Juízo da 1ª Vara da comarca de Colíder, e se baseou no fato de que o crime foi cometido mediante violação de dever para com a administração pública, tendo a conduta revelado comportamento diverso do que seria esperado de um agente público, pois, segundo seu próprio interrogatório (mídia de fls. 271), apenas perpetrou o crime com a intenção de ser ajudada futuramente no colégio em quem trabalha, já que a coautora Maria Cristina possui bastante influência no ambiente escolar.” (fls. 58 TJ/MT).

A turma conclui afirmando que a perda do cargo ou função pública não decorreu da quantidade de pena aplicada, como pretendeu fazer parecer a revisionada, mas em razão da violação de deveres para com a administração pública.

No inciso II do art. 92 do Código Penal temos o segundo efeito específico da condenação, qual seja a incapacidade para o exercício do poder familiar, tutela ou curatela quando crime doloso, apenado com reclusão, houver sido praticado contra o respectivo filho, tutelado ou curatelado. Acerca deste inciso discorre a discussão acerca de se o efeito de perda do poder familiar, tutela ou curatela como efeito da condenação se valeria também em relação à terceiro, que não a vítima. Nucci (2009) entende que o presente efeito incide somente sobre a relação entre o condenado e a vítima, não alcançando outros filhos. Segue o autor exemplificando no seguinte sentido:

O pai que agride um de seus seis filhos; condenado por lesão corporal grave a uma pena de um ano de reclusão, pode estar sujeito a determinação de incapacidade para o exercício do poder familiar em relação àquela vítima. Os outros cinco filhos podem perfeitamente continuar sob sua tutela.

Masson (2009) discorda, argumentando que o efeito aqui discutido deve ser aplicado aos demais filhos, tutelados ou curatelados, além da vítima do crime. Entendendo não ser razoável que se espere que este cometa igual delito, ou pior, para que só então se privasse o genitor, tutor ou curador desse direito. Entretanto, a doutrina majoritária entende que o efeito da condenação aqui alvo de controversa não se aplica aos demais filhos, tutelados ou curatelados, estando restrito à relação condenado e vítima.

No entanto, como evidenciado, o tema é controverso, razão pelo qual os Srs. Juízes integrantes da 1ª Vara Criminal de Paranavaí, por unanimidade de votos, decidiram dar provimento ao recurso (Apelação Criminal 153104-2) apelado pelo Ministério Público. Nesse caso que será agora abordado, L.Z. e C.N.S. foram condenados pelo Juízo de Direito da Primeira Vara Criminal da Comarca de Paranavaí ao cumprimento das penas de oito anos e nove meses de reclusão,

cada um, como incurso nas sanções do art. 213 c/c o art. 224, alínea a, e art. 226, II, observadas as regras dos arts. 29 e 71, todos do CP. A ApCrim. 153104-2, de Paranavaí, visa provimento do recurso, contra a mãe da vítima, com o fim de adequar o efeito da condenação, como sendo a incapacidade para o exercício do pátrio poder, enquanto perdurarem os efeitos da condenação, também às suas demais filhas, argumentando o MP que “a atitude de concordar que seu amásio praticasse atentado contra a liberdade sexual da própria filha revela insensibilidade moral e total incapacidade para o exercício do pátrio poder”.

Nesse sentindo, a decisão como já dito foi favorável ao recurso, segundo a seguinte fundamentação:

Assim sendo, razão assiste ao recorrente quando busca diferenciar a destituição do pátrio poder e a declaração de incapacidade para o seu exercício, como efeito da sentença condenatória criminal, pois na segunda hipótese somente é permanente em relação ao filho contra o qual foi praticada a infração penal de que ela resultou, não sendo suspensa sequer com a reabilitação, e também permanente em relação aos demais, mas aí, desde que a eles tenha sido estendida a incapacidade, somente até quando perdurarem os efeitos da condenação, vale dizer, até a reabilitação. Diante desta quadra de considerações, proponho que se dê provimento ao recurso de apelação, com o fim de estabelecer a declaração de incapacidade para o exercício do pátrio poder, como efeito da condenação da ré C.N.S. (arts. 92, II, do CP), com as conseqüências que lhe são inerentes, quais sejam: a) permanente em relação a vítima S.; b) permanente em relação as demais filhas F. e F., com possibilidade de suspensão, via reabilitação (art. 93 do CP).

No inciso III do art. 92 do Código Penal temos elencado o terceiro efeito extrapenal específico da condenação, que é a inabilitação para dirigir veículo, quando usado como meio para prática de crime doloso. Importante notar, novamente, que tal efeito não advém naturalmente da sentença penal condenatória, devendo ser devidamente motivado, assim como os dispositivos dos incisos anteriores.

Cabe aqui, segundo Greco (2017), diferenciar a inabilitação para dirigir veículo automotor como consequência de crimes de trânsito culposos, como homicídio culposo (art. 302, CTB) e lesão corporal culposa (art. 303 do CTB), previstos nas normas penais incriminadoras do Código de Trânsito Brasileiro e como efeitos da sentença penal condenatória transitada em julgado. Portanto, diferentemente da inabilitação que consta nos supracitados artigos do CTB, o efeito previsto no art. 92, III, CP se refere à prática de crime doloso, não à crime culposos, sendo o veículo automotor como meio para o feito.

Ainda no que diz respeito à inabilitação para dirigir veículo automotor temos, no entendimento do STJ em decisão ao Recurso Especial nº1.505.722 – RS (2014/0346171-1) que a habitualidade delitiva com uso de veículo não é necessária para que o efeito venha a ser determinado (conforme alegação de defesa do réu), basta que este tenha sido instrumento para a prática de crime doloso. Ainda no Resp. o STJ entende que “por não guardar necessariamente um efeito retributivo (e por isso não tem aplicação automática), é exigido que o juiz, para a sua aplicação, indique a conveniência de sua imposição no caso específico”. Prossegue alegando que as justificativas do Tribunal são suficientes para demonstrar a necessidade de aplicação do efeito, já que apontou tanto os requisitos objetivos, bem como dispôs fundamento e argumentação concreta à sua decisão, negando provimento ao recurso especial.

5. EFEITOS DA CONDENAÇÃO NA COMARCA DA ILHA DE SÃO LUÍS

Partindo para a fase final da proposta de produção, o foco será o tema no que se limita à matéria local, abordando decisões e entendimentos de magistrados da Comarca, afim de somar e/ou reforçar os conteúdos já existentes. A partir do que será agora exposto, percebe-se que a mesma dinâmica de (in) aplicabilidade dos efeitos da condenação em âmbito nacional se aplica aos tribunais da comarca da Ilha de São Luís do estado do Maranhão.

Primeiramente, no que tange aos efeitos penais secundários citados no começo do texto, sejam alguns deles a revogação de benefícios penais (livramento condicional, suspensão condicional da pena, suspensão condicional do processo, reabilitação, etc), o Juiz de Direito da 2ª Vara de Execuções Penais da comarca, responsável pela jurisdição que abarca tais assuntos, Edimar Fernando Mendonça de Sousa (mais conhecido somente como Fernando Mendonça) afirma, em entrevista, que “carecemos de dados acerca do assunto”. A partir da análise da afirmação entendemos que não há o controle adequado da execução de cumprimento da revogação desses benefícios penais, como efeitos penais da condenação, pelo Poder Judiciário do Estado.

Além disso, sobre tornar certa a obrigação de indenizar o dano causado pelo crime (art. 91, I, CP) o Juiz de Direito da 1ª Vara de Execuções Penais afirma, em entrevista, que na grande maioria dos casos é considerada a “impossibilidade de fazê-lo”, exceção no qual não é obrigatória a reparação do dano causado. Prossegue argumentando que a maioria maçante da população carcerária e acusados

em geral são de baixa renda, pobres e que se levada ao pé da letra a indenização e reparação do dano causado para concessão, por exemplo, de benefícios penais, em suas palavras “ninguém sairia da prisão”.

No tocante à perda da função pública, um dos casos do art. 92, I, CP, Osmar Gomes Santos, Juiz de Direito da 1º Vara do Tribunal do Júri, na Ação Penal 68882015 que tinha como acusado o policial militar reformado Roubertth Costa Duarte, decretou a pena 8 anos de reclusão ao réu, mas não motivou em sua sentença a perda da função pública de policial militar. Em conversa após o fim da audiência, indagado sobre ter ou não decretado e fundamentado na sentença a perda da função pública do réu, este responde negativamente afirmando, em suas palavras, ser este um “efeito suplementar” e “um efeito natural da sentença”, e segue afirmando que transitado em julgado a sentença penal condenatória basta que o juiz da execução officie a perda do cargo. Ainda em relação a sua decisão, afirma que a perda do cargo ou função pública do art. 92, I do Código Penal é uma norma cogente, ou seja, de aplicação imediata, motivo pelo qual, reforçando, não decretou a perda da função pública na sentença. Contudo, não nega que o juiz possa na sentença decretar a perda do cargo, apenas entende que caso não o faça o efeito não deixará de ser produzido, visto que se trata de norma cogente. Além disso, após indagado sobre a questão da incapacidade para exercício do poder familiar, tutela ou curatela se estender aos demais filhos, tutelados ou curatelados, entende que se analisado sob o prisma da razoabilidade, a inabilitação deve ser estendida além da relação entre condenado e vítima, ou seja, atingindo os demais filhos, tutelados ou curatelados.

Ainda em relação à perda do cargo público, função pública ou mandato eletivo, Francisco Ronaldo Maciel, juiz de Direito da 1º Vara Criminal entende que é pacífico na jurisprudência a necessidade de motivação (art. 92, §1º) do juiz na aplicação deste efeito, bem como nos demais do art. 92 do Código Penal, na sentença. Segue ainda argumentando que nos casos em que a determinação legal não se faça cumprida é certo que constará em recurso à instância dos tribunais superiores, contrariando o entendimento do juiz da 1º Vara do Tribunal do Júri Osmar Gomes dos Santos. Ademais, diz que em casos que juiz não declare a referida perda na sentença, poderá essa ser realizada pelo Estado, na esfera administrativa, pela falta dessa determinação na esfera penal. Finaliza frisando o dever do juiz de direito como legalista, do seu dever em aplicar a lei, e que alguns juízes estão tomando decisões arbitrárias indo de encontro, além da lei, com decisões e orientações jurisprudenciais já normatizadas pelo Supremo Tribunal Federal, em suas palavras: “Estamos brincando de processo penal”.

Para mais, no que se refere à mudança trazida pela lei 11.719/08 que alterou o Código de Processo Penal, incluindo a possibilidade do juiz criminal já na sentença determinar a reparação do dano causado pelo agente, Ronaldo Maciel entende que para fixar o valor da reparação, que deve ser mínimo (art.387, IV, CPP), é necessário constar a determinação dessa reparação e os parâmetros concretos para sua fixação na exordial acusatória, para que o valor do dano causado possa ser discutido no processo e por fim fixado pelo juiz na sentença, afim de garantir o direito de contraditório do réu e o princípio da correlação entre acusação e sentença. Segue argumentando que caso não seja a reparação do dano determinada na exordial acusatória, o juiz não poderá determiná-la, caso contrário estaria fazendo julgamento extra pedido, ferindo o direito de contraditório do réu e o princípio da correlação entre acusação e sentença. Portanto, em seu entendimento, caso não conste no exordial crime acusatório essa determinação, bem como os parâmetros concretos que viabilizem sua fixação da maneira correta, cabe à vítima valer-se da sentença condenatória como título executivo judicial e executá-la no cível, onde será discutido o quantum devido.

6. CONCLUSÃO

O desenvolvimento do presente estudo teve como base a análise e explanação do entendimento de diversos setores do meio jurídico acerca do tema, afim de se obter resposta(s) para o problema proposto que claramente se mostrou extremamente controverso e aberto à uma gama considerável de posicionamentos. Possibilitando, dessa forma, uma melhor compreensão dos efeitos da condenação penal, seus reflexos tanto na própria esfera penal quanto nas instâncias extrapenais, as intenções do legislador à previsão desses efeitos, bem como a dinâmica da (in) aplicabilidade destes no meio prático dos tribunais em geral.

Buscando, nesse sentido, esclarecer entendimentos e posições dos próprios tribunais, magistrados e doutrinadores quanto ao problema, visando as argumentações que fundamentam as decisões, que ora conflitam com os dispositivos legais, ora estão em consonância com este e que por vezes ainda conflitam entre si, onde foi possível evidenciar que não há certo ou errado, bem como decisões uniformizadas, e sim interpretações e posicionamentos contrários, cabendo ao leitor, a partir da compreensão dessa divergência, considerar o que lhe parecer mais razoável.

Buscou-se também o esclarecimento dessas questões na comarca da Ilha de São Luís, onde o tema mostrou-se igualmente conflitante quando comparado à

nível nacional, comprovado pelo entendimento de juízes da região jurisprudencial dessa comarca.

Dada a importância do assunto, faz-se imprescindível uma discussão mais eficaz acerca dos problemas apresentados pelas autoridades competentes, visto a insegurança jurídica que translada o tema, reforçada pelos entendimentos e decisões controversas que vão de encontro ao princípio da uniformidade de interpretação e aplicação do Direito da Integração.

Ademais, serve de pontapé para futuros estudos e aprofundamentos ao tema, já tendo previamente o conhecimento de que não será uma pesquisa esclarecedora, e sim curiosa e instigadora, onde se precisa de uma visão aberta para além da legalidade que se prevê no Código Penal, Código de Processo Penal e até mesmo da Constituição Federal.

Por fim, acrescenta ao acadêmico, futuro operador do Direito e à sociedade em geral o entendimento de que não há fórmulas concretas para a discussão e interpretação dos dispositivos legais, que muitas vezes doutrinas e até mesmo decisões de juízes serão conflitantes, não necessariamente afetando a legalidade ou constitucionalidade destas.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**. 17ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 826.
- BUSATO, Paulo César. **Direito Penal** - Parte Geral. São Paulo: Atlas, 2013, p. 1.000.
- CUNHA, Rogério Sanches. **Manual de Direito Penal**: Parte Geral. 5ª. ed. rev. Ampl. e atual. Salvador: Editora jusPODIVM
- DELMANTO, Roberto; DELMANTO JUNIOR, Roberto; DELMANTO, Fábio Machado de Almeida. **Perda de bens e Multa Substitutiva**”. In: Boletim IBCCRIM. São Paulo, v. 7, n. 85, p. 10, dez. 1999. Disponível em: <http://www.ibccrim.org.br>, acessado em 30 de novembro de 2019.
- GALDINO, Siqueira; **Tratado de Direito Penal**, Rio de Janeiro, José Konfino Editor, 1947, II/759 e 760, n. 609.
- GIL, Antonio Carlos. **Como elaborar projetos de pesquisa**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2010.
- _____. **Métodos e técnicas de pesquisa social**. 6ª ed. São Paulo: Atlas, 2008.
- GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**: Parte Geral, volume 1.19ª.ed. – Niteroi, RJ: Impetus, 2017.
- LAKATOS, Eva Maria; MARCONI, Marina de Andrade. **Metodologia do trabalho científico**. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2011.
- LOPES, Jair Leonardo. **Curso de Direito penal**: parte geral. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 241
- MASSON, Cléber. **Direito Penal Esquematizado** – Parte Geral. 2ª ed. São Paulo: Método, 2009, p. 798.
- NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal**. 6ª ed. São Paulo: RT, 2009, p. 554.

PRADO, Luiz Régis; CARVALHO, Érika Mendes; CARVALHO, Gisele Mendes. **Curso de Direito Penal Brasileiro**. 13ª ed. rev. Atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

A DISCRICIONARIEDADE DA AÇÃO PENAL EM RELAÇÃO AO MINISTÉRIO PÚBLICO

THE DISCRETION OF CRIMINAL PROCEEDINGS IN RELATION TO THE PUBLIC PROSECUTOR

Amanda Falcioni Cardinal ¹

Eduardo Pereira Brandão Filho ²

Nabiha de Oliveira Maksoud ³

RESUMO: O presente estudo tem como objetivo apresentar a problemática quanto à obrigatoriedade do Ministério Público em oferecer a denúncia, iniciando a Ação Penal, quando estão presentes os requisitos fundamentais do crime, qual seja, indícios de autoria e materialidade, tendo como base todas as características necessárias para que se proceda uma ação penal, desde o início até a sentença final. A pesquisa se realizou por método dedutivo, com base em entendimentos doutrinários e jurisprudencial. Hodiernamente torna-se necessário verificar a ineficácia da função de agentes destinados a certas obrigações, e a possibilidade de referidos agentes agirem com certa discricionariedade quanto à persecução penal frente aos anseios da sociedade brasileira.

PALAVRAS-CHAVE: Ação Penal, Princípios, Obrigatoriedade, Processo Penal, Ministério Público.

ABSTRACT: The present study aims to present the problem regarding the obligation of the Public Prosecutor's Office to offer the complaint, initiating

1 Acadêmico em Direito pela Universidade Católica Dom Bosco de Campo Grande de Mato Grosso do Sul. E-mail: cardinal_amanda@hotmail.com.

2 Advogado. LLM (Mestre em Leis) em Direito Empresarial pela Fundação Getúlio Vargas – FGV; Pós-graduando em Direito Administrativo pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais - PUC Minas; Procurador-geral da Associação das Câmaras e Vereadores de Mato Grosso do Sul - ASCAM/MS; Relator Auxiliar do Tribunal de Ética e Disciplina da OAB/MS.

3 Professora orientadora. Mestre em Psicologia da Saúde pela Universidade Católica Dom Bosco. Pós-graduada em Direito Público do Estado e das Relações Sociais, pela Universidade Católica Dom Bosco. Graduada em Direito pela Universidade Católica Dom Bosco. Professora da Universidade Católica Dom Bosco no curso de Direito, nas áreas de Direito Penal e Processo Penal. Advogada nas áreas de Direito Penal, Direito Penal Militar e Direito Ambiental. Penal Postal eletrônico: contato@nabihmaksoud.com.br.

criminal proceedings, when the fundamental requirements of crime are present, namely indications of authorship and materiality, based on all the characteristics necessary for criminal proceedings, from the beginning to the final judgment. The research was carried out by deductive method, based on doctrinal and jurisprudential understandings. Today it is necessary to verify the ineffectiveness of the function of agents intended for certain obligations and the possibility for such agents to act with some discretion as to the criminal pursuit in the face of the wishes of Brazilian society.

KEYWORDS: Criminal Prosecution, Principles, Obligation, Criminal Proceedings, Prosecutor.

1. INTRODUÇÃO

Estão presentes na Constituição Federal brasileira de 1988 vários princípios e garantias individuais que geram influência direta no processo penal. Referidos princípios garantem segurança e justiça no âmbito criminal, pois com a evolução da história penal, o Estado passou a usufruir do *jus puniendi*, que é o direito de punir o infrator, retirando do indivíduo o direito de fazer justiça com as próprias mãos.

Portanto, há diversos princípios que norteiam o processo penal, dando uma maior eficácia ao processo jurídico, assegurando direitos e garantias individuais, tais como a ampla defesa, o contraditório e o devido processo legal. Dentre os princípios processuais penais constitucionais temos o princípio da obrigatoriedade que é aplicado especificamente ao órgão do Ministério Público para que, desde que preenchidos os pressupostos legais, devam, obrigatoriamente, oferecer a denúncia nos crimes que são apurados e processados mediante ação penal pública incondicionada.

Assim, o presente artigo abordará o princípio da obrigatoriedade, e de forma implícita a discricionariedade do Ministério Público em relação à instauração da ação penal, permitindo entender se referida discricionariedade existe e como deve ser aplicada, tudo isso em consonância com os princípios norteadores do processo penal, analisando se a possibilidade da discricionariedade existe e se encontra de forma regular no âmbito jurídico, fundamentado com a Constituição Federal de 1988.

Desta maneira, o artigo foi dividido em três partes. Na primeira serão exemplificados os principais princípios do processo penal que se relacionam com

o início da ação penal, posteriormente discorreremos sobre a discricionariedade do Ministério Público na ação penal pública incondicionada e, por fim, serão apresentadas as conclusões obtidas com o tema abordado.

2. OS PRINCÍPIOS NORTEADORES DO PROCESSO PENAL

Inicialmente pode-se dizer que o Brasil adota o sistema acusatório, embora, se encontre em nosso Código de Processo Penal, alguns resquícios do sistema inquisitivo. No sistema acusatório as funções estão bem definidas, assim ao Ministério Público, em regra, compete acusar, ao advogado defender e ao juiz o poder de julgar.

Desse modo, praticado um crime, surge para o Estado o direito de punir o seu autor e seus partícipes, na forma estipulada e com respeito aos ditames do devido processo legal (art. 5.º, LIV, da Constituição Federal), o qual será representado pela denominada ação penal.

A ação penal pode ser classificada por sua titularidade, desta forma, teremos a ação penal pública, de titularidade do Ministério Público (art. 129, I, da Constituição Federal) e a ação privada, de titularidade da vítima ou de quem tenha capacidade para representá-la (art. 100, §2.º, do Código Penal).

O sistema jurídico brasileiro possui diversos princípios que auxiliam no desenvolvimento processual, não somente em relação às partes envolvidas no processo – réu e autor – e aos atos processuais, mas, também, os atos que antecedem a queixa, no caso das ações penais privadas, ou a denúncia, nas ações penais públicas, onde o órgão do Ministério Público inicia a sua função.

Em razão disso, o Representante do Ministério Público tem o dever de seguir princípios que lhe são aplicáveis, a fim de evitar a prática de ilegalidades que possam ensejar a anulação dos atos processuais praticados e a consequente impunidade decorrente da demora na prestação jurisdicional que pode ensejar o reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva estatal.

O primeiro princípio a ser averiguado, no presente caso, é o princípio da obrigatoriedade, o qual determina que, quando se trata de ação penal pública incondicionada, o agente do órgão ministerial tem o dever de promover a denúncia, quando constatada a materialidade e a presença de indícios de autoria ou participação, o que não ocorre no âmbito da ação penal privada, que necessita de apresentação de queixa-crime pelo ofendido para que o processo penal seja inaugurado, a fim de possibilitar a atuação dos membros do *parquet* na desenvoltura

do processo.

Neste sentido, Nestor Távora e Fábio Roque Araújo (2016, p. 84) ensina que:

[...] de acordo com este princípio, o MP, titular da ação penal pública será obrigado a oferecê-la, sempre que constatar a presença da prova da materialidade e indícios de autoria ou participação. Referido princípio é excepcionado nas infrações de menor potencial ofensivo, em que, diante da prova da materialidade e indícios de autoria/participação, pode o membro do MP optar pela apresentação da proposta de transação penal.

Na mesma linha de raciocínio, Alexandre Reis e Victor Eduardo (2016, p. 113) asseveram que,

[...] De acordo com esse princípio, o promotor não pode transigir ou perdoar o autor do crime de ação pública. Caso entenda, de acordo com sua própria apreciação dos elementos de prova — pois a ele cabe formar a opinião delicti —, que há indícios suficientes de autoria e materialidade de crime que se apura mediante ação pública, estará obrigado a oferecer denúncia, salvo se houver causa impeditiva, como, por exemplo, a prescrição, hipótese em que deverá requerer o reconhecimento da extinção da punibilidade e, por consequência, o arquivamento do feito.

Importante salientar que diante de um caso concreto o Ministério Público pode requerer o arquivamento do Inquérito Policial, o que será decidido por um Magistrado, ou também, mesmo com a ação penal instaurada, pode o órgão acusador requerer a absolvição do réu, uma vez convencido de sua inocência.

Além deste princípio, de suma importância, existem outros que envolvem o sistema processual penal, assegurando o andamento do processo de forma justa para todas as partes envolvidas, e, além disso, garantindo o direito dos litigantes.

O princípio da indisponibilidade fundamentado no artigo 42 do Código de Processo Penal o qual estabelece que “o Ministério Público não poderá desistir da ação penal”, pois essa prática se dá pelo fato de que ele é o órgão responsável por proteger o Estado, assim como os indivíduos nele envolvido.

Ainda, Nestor Távora e Fábio Roque Araújo (2016, p. 73) tece as seguintes considerações acerca do tema:

[...] Trata-se do Princípio da obrigatoriedade na fase processual, ou seja, uma vez deflagrado o processo pelo recebimento da ação penal (STF), o Ministério Público não poderá abandonar a relação jurídica processual penal (art. 42, CPP). Estando convencido de que não há razões para condenar o réu, deverá o membro do MP requerer a sua absolvição, mas jamais, a desistência da ação penal.

Abordando também o princípio da indivisibilidade, restrito à ação penal privada, ou seja, não se aplica à ação penal pública, pois é necessário que o querelante do fato aponte quais são os autores do crime, ora querelados. Neste caso, se a vítima não oferecer queixa, não terá o Ministério Público autoridade para instaurar o inquérito policial.

Portanto nota-se que o princípio da indivisibilidade é divergente do que abrange a discricionariedade da ação penal. Ainda, na ação penal privada temos o princípio da oportunidade, que permite à vítima ter a faculdade de acusar o indivíduo, divergindo de uma obrigação, assim como também garante a liberdade do querelante em renunciar a queixa-crime quando desejar ou até mesmo perdoar o querelado.

Diante disso, temos a grande diferença na natureza jurídica da ação pública e da ação privada. Ora na ação pública vigora, como regra, a obrigatoriedade, a indisponibilidade e a indivisibilidade como princípios processuais penais principais, existindo outros mais periféricos. Já na ação penal privada incidem os princípios da conveniência, oportunidade e indivisibilidade, demonstrando a clara existência da discricionariedade na ação penal privada.

Em face desses conceitos, questiona-se se a natureza da ação penal pública permite a discricionariedade em alguns momentos, e como essa característica será aplicada sem que desnaturalize os princípios constitucionais processuais penais.

3. A DISCRICIONARIEDADE DA AÇÃO PENAL PÚBLICA

As ações penais adquiriram ao longo do tempo um espaço vultoso no sistema judiciário brasileiro, havendo assim, uma ampliação significativa para a efetivação dos órgãos judiciais, onde diversos princípios do processo penal passaram a vigorar de forma mais eficaz nas ações.

O Ministério Público tem o dever de requisitar a instauração do inquérito policial aos crimes relacionados a ação penal pública incondicionada, sendo considerado estes crimes os que não são mencionados no texto normativo como sendo objeto da ação penal pública condicionada e ação penal privada.

Alexandre Reis e Victor Eduardo (2016, p. 114) traz o seguinte ensinamento sobre este tipo de ação:

[...] Esta denominação decorre do fato de o exercício do direito de ação pelo Ministério Público não depender de qualquer condição especial. Basta que o crime investigado seja de ação pública e que existam indícios suficientes de autoria e

materialidade para que o promotor esteja autorizado a oferecer a denúncia. É evidente que também devem estar presentes as chamadas condições gerais da ação: legitimidade de partes, interesse de agir e possibilidade jurídica do pedido.

Isto posto, não havendo alusão quanto ao tipo de ação, considera-se do tipo ação pública incondicionada, aplicando o princípio da obrigatoriedade penal que resulta no dever de agir, analisando a existência de materialidade e autoria do crime.

Portanto, este ato não impede o exercício de denunciar se houver a presença dos requisitos formais, como postular arquivamento com justificativa fundamentada ou pedir diligências complementares como garante o artigo 16 do Código Processual Penal:

Art. 16. O Ministério Público não poderá requerer a devolução do inquérito à autoridade policial, senão para novas diligências, imprescindíveis ao oferecimento da denúncia.

Nesta linha de raciocínio, Aury Lopes Junior (2018, p.128) assevera que, [...]. A ação penal de iniciativa pública é atribuição exclusiva do Ministério Público, nos termos do art. 129, I, da Constituição Significa que somente os membros do Ministério Público estadual ou federal, devidamente investidos no cargo, é que podem exercê-la através da “denúncia”.

Argumenta-se que este ato é o oposto aos crimes que requerem representação da vítima para que o promotor de justiça deixe de ficar inerte, sendo este o caso de ação penal pública condicionada a representação.

O Código de Processo Penal ao dispor sobre a denúncia determina em seu artigo 40 que:

“quando, em autos ou papéis de que conhecerem, os juízes ou tribunais verificarem a existência de crime de ação pública, remeterão ao Ministério Público as cópias e os documentos necessários ao oferecimento da denúncia.”

Desta maneira, caso haja ausência de provas concretas para que o promotor possa agir, ele tem total poder de solicitar as autoridades policiais as provas cabíveis e permitidas em lei que auxiliarão no caso, assim como, se achar que a investigação não é apropriada para este tipo de ação, pode ele pedir ao juiz competente que seja arquivado o processo, nos termos do art. 28, que garante que “se o órgão do Ministério Público, ao invés de apresentar a denúncia, requerer o arquivamento do inquérito policial ou de quaisquer peças de informação, o juiz, no caso de considerar improcedentes as razões invocadas, fará remessa do inquérito ou peças de informação ao procurador-geral, e este oferecerá a denúncia, desig-

nará outro órgão do Ministério Público para oferecê-la, ou insistirá no pedido de arquivamento, ao qual só então estará o juiz obrigado a atender”.

O Ministério Público tem a obrigação de zelar pela ordem jurídica brasileira, portanto o seu objetivo é garantir os interesses sociais e individuais indisponíveis na Constituição Federal, sem permitir de maneira alguma que o acusado tenha vantagens, mas apenas direitos já garantidos constitucionalmente.

Neste sentido, segue abaixo o entendimento exposto em algumas decisões da jurisprudência pátria:

[...] Violação do princípio da indivisibilidade. Ação penal pública. Não incidência. Precedentes. Ordem negada. 1. Embora a ação penal pública seja pautada, como regra, pelo princípio da obrigatoriedade, “o Ministério Público, sob pena de abuso no exercício da prerrogativa extraordinária de acusar, não pode ser constrangido, diante da insuficiência dos elementos probatórios existentes, a denunciar pessoa contra quem não haja qualquer prova segura e idônea de haver cometido determinada infração penal” (HC 71429, Min. Celso de Mello, Primeira Turma, DJ 25.8.1995). Doutrina. Precedentes. Nesses casos, não se verifica inépcia da peça acusatória, tampouco renúncia ao direito à acusação. [...] (Habeas Corpus nº 117.589, STF, 2ª Turma, Rel. Min. Teori Zavascki, julgado em 12.11.2013, publicado no DJ em 25.11.2013).

No mesmo sentido:

[...] INVESTIGAÇÃO PELO MP (STJ): “(...) — Quanto à ilegalidade das investigações promovidas pelo Ministério Público, sem a instauração de inquérito policial, o writ, igualmente, improcede. Com efeito, a questão acerca da possibilidade do Ministério Público desenvolver atividade investigatória, objetivando colher elementos de prova que subsidiem a instauração de futura ação penal, é tema incontroverso perante esta eg. Turma. Como se sabe, a Constituição Federal, em seu art. 129, I, atribui, privativamente, ao Ministério Público promover a ação penal pública. Essa atividade depende, para o seu efetivo exercício, da colheita de elementos que demonstrem a certeza da existência do crime e indícios de que o denunciado é o seu autor. Entender-se que a investigação desses fatos é atribuição exclusiva da polícia judiciária, seria incorrer-se em impropriedade, já que o titular da Ação é o Órgão Ministerial. Cabe, portanto, a este, o exame da necessidade ou não de novas colheitas de provas, uma vez que, tratando-se o inquérito de peça meramente informativa, pode o MP entendê-la dispensável na medida em que detenha informações suficientes para a propositura da ação penal. — Ora, se o inquérito é dispensável, e assim o diz expressamente o art. 39, § 5º, do CPP, e se o Ministério Público pode denunciar com base apenas nos elementos que tem, nada há que imponha a exclusividade às polícias para investigar os fatos criminosos sujeitos à ação penal pública. — A Lei Complementar n. 75/93, em seu art. 8º, V, diz competir ao Ministério Público, para o exercício das suas atribuições institucionais, realizar inspeções e diligências investigatórias. Compete-lhe, ainda,

notificar testemunhas (inciso I), requisitar informações, exames, perícias e documentos às autoridades da Administração Pública direta e indireta (inciso II) e requisitar informações e documentos a entidades privadas (inciso IV)” (STJ, 5ª T., rel. Min. Jorge Scartezzini, j. 7-2-2002, DJ, 26 ago. 2002, p. 271).

Com relação ao princípio da obrigatoriedade, a Lei 9.099 (Lei dos Juizados Especiais) sancionada em setembro de 1995, passou a mitigar o princípio da obrigatoriedade, pois em seus artigos 76 e 89, determinou a permissão de conceder proposta de suspensão condicional do processo e a transação penal no sistema jurídico brasileiro. O artigo 76, da referida lei, dispõe que:

“Art. 76. Havendo representação ou tratando-se de crime de ação penal pública incondicionada, não sendo caso de arquivamento, o Ministério Público poderá propor a aplicação imediata de pena restritiva de direitos ou multas, a ser especificada na proposta.”

Assim como o artigo 89 da mesma lei:

“Art. 89. Nos crimes em que a pena mínima cominada for igual ou inferior a um ano, abrangidas ou não por esta Lei, o Ministério Público, ao oferecer a denúncia, poderá propor a suspensão do processo, por dois a quatro anos, desde que o acusado não esteja sendo processado ou não tenha sido condenado por outro crime, presentes os demais requisitos que autorizariam a suspensão condicional da pena.”.

Portanto, com base neste fundamento, alguns doutrinadores passaram a interpretar que não mais é necessário ser aplicado o princípio da obrigatoriedade, gerando uma lacuna constitucional, visando a aplicação do denominado acordo de *não persecução penal*, suscitado na resolução 181 de 2017, em seu artigo 18:

“Art. 18. Não sendo o caso de arquivamento, o Ministério Público poderá propor ao investigado acordo de não persecução penal quando, cominada pena mínima inferior a 4 (quatro) anos e o crime não for cometido com violência ou grave ameaça a pessoa, o investigado tiver confessado formal e circunstanciadamente a sua prática, mediante as seguintes condições, ajustadas cumulativa ou alternativamente.”

Sendo imposto em seus incisos outras medidas cautelares aos detentos, diversa da prisão preventiva:

I – reparar o dano ou restituir a coisa à vítima, salvo 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 Ministério Público; IV – pagar prestação pecuniária, a ser estipulada nos termos

do art. 45 do Código Penal, a entidade pública ou de interesse social a ser indicada pelo Ministério Público, devendo a prestação ser destinada preferencialmente àquelas entidades que tenham como função proteger bens jurídicos iguais ou semelhantes aos aparentemente lesados pelo delito; V – cumprir outra condição estipulada pelo Ministério Público, desde que proporcional e compatível com a infração penal aparentemente praticada.”

Cabe argumentar que a transnacionalidade do delito criou diversas espécies de respostas do Estado-juiz. Com isso, além do Juizado Especial criminal, responsável por iniciar a não obrigatoriedade da ação penal, temos a Resolução 181/17 do Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP), com as suas configurações e regras.

Renato Brasileiro⁴ (2019, p. 201), traz o seguinte ensinamento:

[...] o acordo de não-persecução penal foi introduzido no ordenamento pátrio pelo art. 18 da Resolução n. 181 do CNMR Esta Resolução versa sobre as investigações criminais realizadas pelo Ministério Público por meio do denominado procedimento investigatório criminal. Como o acordo de não persecução penal está previsto no art. 18 desse diploma normativo, era de se concluir que a celebração desse negócio jurídico poderia se dar exclusivamente no bojo de um procedimento investigatório criminal presidido pelo órgão ministerial, jamais no âmbito de um inquérito policial, sob pena de se admitir que a Resolução n. 181 pudesse se sobrepôr a uma norma prevista em Lei Ordinária, qual seja, o nosso Código de Processo Penal, que não trata da matéria, pelo menos explicitamente.

O intuito deste acordo é diminuir o acúmulo de processos na justiça brasileira, e também, não prejudicar ainda mais a vida do cidadão que está sendo acusado, a fim de que ele não seja excluído da sociedade pelo fato de ser visto como um presidiário. Contudo, Renato Brasileiro (2019, p. 200) assevera que:

[...] Vários são os fatores que justificaram a sua criação pela Resolução n. 181 do CNMP: a) exigência de soluções alternativas no processo penal que proporcionem celeridade na resolução dos casos menos graves; b) priorização dos recursos financeiros e humanos do Ministério Público e do Poder Judiciário para processamento e julgamento dos casos mais graves; c) minoração dos efeitos deletérios de uma sentença penal condenatória aos acusados em geral, que teriam mais uma chance de evitar uma condenação judicial, reduzindo os efeitos sociais prejudiciais da pena e desafogando os estabelecimentos prisionais.

Assim, no referido acordo selecionaram os crimes de menor potencial ofensivo e propuseram um acordo onde os criminosos pudessem cumprir suas penas em regime aberto, com pagamento serviço comunitário, multa ou sendo

restritos de alguns direitos.

Isto posto, há entendimento doutrinário que interpreta este acordo como um ato de inconstitucionalidade, pois o artigo 129 em seu inciso I da Constituição Federal, garante a obrigação do Ministério Público promover a ação penal pública, independentemente do tipo de crime, podendo ser ele de grave ameaça ou não. Sendo assim, menciona Renato Brasileiro (2019, p. 203) que:

[...] Não há nenhum problema em se criar exceções ao princípio da obrigatoriedade. Afinal, como o referido postulado não tem status constitucional - para muitos, o fundamento legal do princípio da obrigatoriedade é o art. 24 do CPP -, outra lei ordinária pode criar exceções a sua aplicação, como, aliás, já ocorre em diversas hipóteses: a) transação penal (art. 76 da Lei nº 9.099/95); b) acordo de leniência (Lei nº 12.529/11, arts. 86 e 87); c) termo de ajustamento de conduta (Lei nº 7.347/85, art. 5o, § 6o); d) parcelamento do débito tributário (Lei nº 9.430/96, art. 83, § 2o, com redação dada pela Lei nº 12.382/11); e) colaboração premiada na nova Lei das Organizações Criminosas (Lei nº 12.850/13, arts. 4o a 7o). Para tanto, porém, há necessidade de lei formalmente constituída, obedecido o processo legislativo constitucional, e não uma mera Resolução do CNMP.

Portanto, por uma outra linha de raciocínio, o mesmo autor traz que:

[...] no exercício de suas atribuições administrativas, o CNJ e o CNMP ostentam o poder de expedir atos regulamentares (CF, art. 103-B, §4º, I, e art. 130-A, §2º, I, respectivamente). Na dicção do Supremo, 180 tais resoluções ostentam caráter normativo primário, ou seja, são dotadas de abstração e generalidade, extraindo seus fundamentos de validade diretamente de dispositivos constitucionais. Enfim, “são atos de comando abstrato que dirigem aos seus destinatários comandos e obrigações, desde que inseridos na esfera de competência do órgão”.¹⁸¹ Considerando-se, pois, que o art. 18 da Resolução n. 181 do CNMP busca tão somente concretizar os princípios constitucionais da eficiência (CF, art. 37), da proporcionalidade (CF, art. 5o, LIV), da razoável duração do processo (CF, art. 5o, LXXVIII) e o próprio sistema acusatório (CF, art. 129, I), não há falar em inconstitucionalidade do art. 18 da Resolução n. 181 do CNMP, porquanto se trata de regulamento autônomo destinado a regulamentar diretamente a aplicação de princípios constitucionais.

Afirmado este não se tratar de um inconstitucional, retratando a forma como o artigo 18 da resolução garante os princípios constitucionais.

4. CONCLUSÃO

Embora haja opiniões divergentes e fundamentos relevantes em ambos os sentidos, este trabalho filia-se a corrente que entende pelo não cabimento

do acordo de não persecução penal, por contrariar os princípios garantidos na própria Constituição Brasileira, os quais sejam: princípio da obrigatoriedade, indisponibilidade, oportunidade e indivisibilidade.

Sendo assim, conclui-se que a discricionariedade da ação penal pública deve ser regulada para que os integrantes do Ministério Público ajam de acordo com o que é devidamente imposto em lei, para que desta forma a justiça possa decorrer de maneira justa e fundamentada.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

CAMPOS, Clisia Eline dos Anjos. **Obrigatoriedade da ação penal e Ministério Público**. Disponível em http://ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11627. Acesso em 01 nov. 2019.

CAPEZ, Fernando. Curso de Processo Penal. 19. Ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

CORDEIRO, Taiana Levinne Carneiro. **Princípios norteadores do processo penal**. Disponível em <https://jus.com.br/artigos/50458/principios-norteadores-do-processo-penal>. Acesso em: 25 out. 2019.

DE LIMA, Renato Brasileiro. Manual de Processo Penal. 7. Ed. Bahia: Juspodivm, 2019.

GUERRA, Vinicius Roberto. **Princípios norteadores do Processo Penal**. Disponível em <https://virogue.jusbrasil.com.br/artigos/111945343/principios-norteadores-do-processo-penal>. Acesso em: 27 out. 2019.

LOPES Jr., Aury. Direito Processual Penal. 15. Ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

PACELLI, Eugênio; FISCHER, Douglas. **Comentários ao Código de Processo Penal e sua Jurisprudência**. 8. Ed. São Paulo: Atlas, 2016.

REIS, Alexandre Cebrian Araújo; GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. **Direito Processual Penal Esquemático**. 5. Ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

TÁVORA, Nestor; ARAÚJO, Fábio Roque. **Código de Processo Penal**. 7. Ed. Bahia: Juspodivm, 2016.

A (IN)VALIDADE DA INICIATIVA INSTRUTÓRIA DO JUIZ: PROCESSO PENAL RUMANDO NA CONTRAMÃO DAS GARANTIAS CONSTITUCIONAIS

THE (IN) VALIDITY OF THE JUDGE'S INSTRUCTORY INITIATIVE: CRIMINAL PROCEEDING AGAINST CONSTITUTIONAL GUARANTEES

Juliano de Oliveira Leonel¹

Marcus Vinicius do Nascimento Lima²

RESUMO: O processo penal é ferramenta indispensável a aplicação do direito objetivo. Uma de suas premissas desafiadoras é a função de reconstruir as circunstâncias pretéritas. A produção da prova, fator cognitivo, está sempre às voltas com indagações instigantes. Ganha relevância essa dilação probatória quando capitaneada pelo próprio Judiciário, quando se tem a iniciativa instrutória partindo do órgão responsável pela sua avaliação e julgamento. No presente trabalho, busca-se apontar, à propósito da produção da prova ex officio, impropriedades que conduzem à sua invalidade. A não aderência constitucional já se revela a partir da sua incongruência com o sistema processual acolhido na Constituição Federal, passando pela sistemática adotada na gestão da prova e ativismo fomentador de desigualdades entre as partes conduzindo à quebra flagrante da garantia da imparcialidade. O exame também ocorre à luz de precedentes do TEDH e alterações no CPP decorrentes da lei 11.690/08 e Projeto do novo CPP.

PALAVRAS-CHAVE: Prova ex officio, Gestão, Imparcialida-

1 Professor UNIFSA – Centro Universitário Santo Agostinho. Doutorando em Ciências Criminais pela PUCRS, Mestre em Direito pela UCB, Especialista em Direito Penal e Processo Penal pela UFPI, Defensor Público. E-mail: julianoleonel@hotmail.com; <https://orcid.org/0000-0003-3012-0698>.

2 Professor e Coordenador do Curso de Direito UNIFSA – Centro Universitário Santo Agostinho. Doutorando em Ciências Criminais pela PUCRS, Mestre em Direito Constitucional pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte - UFRN. Especialista em Direito Fiscal, Tributário e Especialista em Direito Civil, pela Universidade Federal do Piauí, Advogado. E-mail: marcus_n_lima@hotmail.com

de, Inconstitucionalidade.

ABSTRACT: Criminal proceedings are indispensable tools for the application of objective law. One of its challenging premises is the function of reconstructing past circumstances. The production of the proof, a recognizing factor, is always struggling with thought-provoking questions. This probationary dilation becomes relevant when led by the judiciary itself, when it has the instructive initiative starting from the body responsible for its evaluation and judgment. In the present work, the aim is to point out, in relation to the production of *ex officio* evidence, improprieties that lead to its invalidity. The constitutional non-adherence already reveals itself from its incongruity with the procedural system accepted in the Federal Constitution, through the systematic adopted in the management of the evidence and activism that fosters inequalities between the parties leading to the flagrant breach of the guarantee of impartiality. The examination also takes place in light of ECHR precedents and amendments to the CPP arising from Law 11.690/08 and the New CPP Bill.

KEYWORDS: *Ex officio* proof, Management, Impartiality, Unconstitutionality.

1. INTRODUÇÃO

O processo penal tem se apresentado como última barreira capaz de suportar os constantes atentados contra os direitos e garantias fundamentais. A sua existência e necessidade têm sido frequentemente questionadas dados os constantes apelos sociais e o sentimento de justiça imbricado nas rotinas dos agentes envolvidos nas relações processuais em geral.

O atual estágio de desenvolvimento do processo penal tem em alguma medida autorizado que qualquer cidadão, por mais ignorante que possa parecer, se julgue no direito de atirar pedras e entoar cantatas ofensivas. O ato de achincalhar um dos ramos mais virtuosos do direito passou a ser rotineiro mesmo sabendo que um dos bens de sua proteção é a liberdade e, em última análise, ainda é responsável pela proteção do direito à vida.

É recorrente se confundir a jurisdição e o ato de dizer o direito com a figura pessoal do magistrado. Não se diferencia a figura do julgador munido de garan-

tias e vedações com poderes para solucionar os conflitos sob a régua do devido processo legal e imparcialidade, do indivíduo compelido por seus preconceitos e entendimentos privados, por vezes determinados por reflexões profundamente desconexas com a lógica republicana do Estado democrático fundado na Constituição Federal de 1988.

Nesse contexto, o juiz passa a ser uma figura um tanto frágil frente aos desafios trazidos à Jurisdição, mas que compelido pelo princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional precisa se posicionar diante das demandas a ele carreadas. Noutros termos, a ideia da instrução processual concentrada nas mãos do juiz associada a um ordenamento ultrapassado, de cariz autoritário e que se tornou também tendencioso em razão do conjunto de alterações “a toque de caixa” que foram realizadas nas duas últimas décadas, torna-o extremamente desequilibrado e com uma evidente noção antidemocrática por conta da nova roupagem dada aos seus pilares.

O efeito imediato é a afronta a um preceito eleito por Aragonés Alonso como fundamental ao processo que seria a imparcialidade³. As recorrentes alterações e a cultura judiciária têm feito com que tão importante corolário se torne apenas um elemento de um discurso falacioso e subversivo exposto pela nova ordem jurisdicional penal brasileira.

O presente artigo busca trazer à discussão situações relacionadas a quebra da imparcialidade em consequência da instrução de ofício realizada pelos membros do poder judiciário na seara criminal. Em que medida são vistas como inconstitucionais determinadas posturas da Magistratura e, em que medida tal conduta é capaz de obstar a persecução criminal tornando-a um fardo ou barreira intransponível para a obtenção de uma prestação jurisdicional mais adequada?

Inicialmente serão discutidos aspectos relativos à instrução no processual penal. Logo em seguida passa-se a tratar sobre a gestão judicial da prova em face da Constituição Federal abordando a busca da verdade na realidade processual penal e os reflexos da adoção do sistema processual penal no estado brasileiro. Por último, o trabalho se ocupa em debater sobre a incompatibilidade da instrução de ofício do juiz contrariando diretamente o princípio da imparcialidade.

Utilizar-se-á o método dedutivo e a pesquisa dogmático-jurídica de natureza bibliográfica, por meio da consulta de obras, legislação e jurisprudência

3 ALONSO, Pedro Aragonés. **Proceso y derecho procesal**. 2. Ed. Madrid: Edersa, 1997. p. 127. O autor se refere à imparcialidade como “princípio supremo do processo”, uma vez que se tratando de condição subjetiva é pressuposto de validade processual.

brasileira atinente à temática. A pesquisa não tem a intenção de esgotar o assunto, que merece atenção crescente da academia tendo em vista o atual cenário que se desenha.

2. ASPECTOS REALTIVOS À INSTRUÇÃO NO PROCESSO PENAL

“O ato de punir é civilizatório!”. Com base nessa máxima se compreende a necessidade do processo penal. Aury Lopes Jr. afirma que a existência do processo penal se justifica a partir da compreensão do “princípio da necessidade”- *nullun crime sine iudicio*, isto é, na impossibilidade de que se tenha a imposição de uma pena sem prévio processo penal⁴.

O fortalecimento das regras inerentes ao devido processo legal é hoje o cerne de qualquer pretensão punitiva que seja razoável. Destarte a falta de mobilidade processual penal, a rigor estabelecida de forma propositada, para a manutenção de um equilíbrio e justiça nas relações processuais, deve sempre ser mantida para além das tentativas de se alcançar uma justiça com resultados duvidosos.

Em que pese o modismo afeito a justiça negocial, as possíveis transações penais, que começam a tomar corpo no ordenamento jurídico brasileiro, o cumprimento das regras do jogo ainda deve ser entendido como base de sustentação epistemológica da concepção tradicional e continuar sendo aplicável na esmagadora maioria dos processos criminais que tramitem nos Tribunais brasileiros.

A adoção do formalismo se mostra ainda como elemento essencial nas relações processuais criminais. A eleição da forma como elemento de base é deveras significativa porque reduz o patamar de surpresa do processo.

Noutra banda, imaginando a possibilidade do informalismo, Salah entende que estariam propensos os atores do sistema penal a violar os direitos fundamentais e flexibilizar garantias, deformando na prática a estrutura regradada do devido processo legal e consagrando cada vez mais o decisionismo.⁵

Badaró, a esse respeito vai adiante afirmando que “a relação processual penal é um reflexo da relação entre Estado e indivíduo ou, mais especificamente, entre autoridade e liberdade”⁶. Sob esse prisma afirmamos que a condição de atuação do Magistrado brasileiro se assenta no conforto da discricionariedade

4 LOPES JR. Aury. **Direito Processual Penal**. 11 ed. – São Paulo: Saraiva, 2014. p. 51.

5 KHALED JR., Salah H. **Discurso de Ódio e Sistema Penal**. Belo Horizonte: Casa do Direito: Livramento, 2018. p. 21.

6 BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Ônus da prova no processo penal**. São Paulo: RT, 2003. p. 106.

desde que devidamente fundamentada. Ocorre que, embora essa abertura seja tão evidente, a sua conjugação precisa do amparo constitucional. Ou seja, a sistemática processual carece de uma lógica unificadora que justifique a sua democraticidade⁷.

Baseado nestas perspectivas surge o entendimento de que no Estado de Direito não se pretende punir de qualquer modo ou a qualquer custo⁸. A lógica adotada no processo penal diverge da tendência processual ortodoxa de que os fins justificam os meios. A observância incorreta do meio é condição determinante para tornar ilegítima a atuação punitiva do Estado. O processo deve respeitar os parâmetros constitucionalmente previstos e ser desenvolvido com a integral observância da norma.

É necessário, portanto, definir as condições para o fiel desenvolvimento da relação processual penal. Nesse contexto é que deve ser especificado com clareza o “lugar do juiz” nessa relação. Taruffo afirma que justiça de uma decisão está condicionada ao correto juízo de fato, à correta escolha e interpretação das regras jurídicas, bem como o emprego de um procedimento válido⁹.

O papel do juiz segundo depreende o conjunto de garantias constitucionais é o de gestor de conflitos processuais tomando ciência dos elementos processuais através das partes. O papel é de julgar conforme os componentes probatórios carreados ao processo. A instrução processual segundo a matriz constitucional brasileira informa que a composição do litígio cabe ao juiz na medida em que ele se torna responsável pelo comando, definindo o ritmo, estratégias e pretensão, mas sem se envolver diretamente na produção da prova. Ou seja, cabe às partes, aí incluindo o Ministério Público como titular da ação penal e o réu como destinatário da acusação, a produção da prova, ficando a cargo do órgão julgador a sua valoração e posterior decisão considerando o contingenciamento¹⁰ da verdade por ela apresentada.

A viabilidade do sistema está em ver que à instrução processual se confere a característica fundamental da equidistância. O órgão jurisdicional ao se aproximar da prova no sentido de produzi-la, já antecipa o entendimento da *questio*

7 Termo utilizado pelo autor em MARTINS, Rui Cunha. **O ponto cego do direito: the brazilian lessons**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 93.

8 GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **A motivação das decisões penais**. São Paulo. Ed. RT, 2001. p. 23.

9 TARUFFO, Michele. **Idee per una teoria dela decisione giusta**. Rivista trimestrale di diritto e procedura civile, 1997. p. 224.

10 LOPES JR. Aury. **Direito Processual Penal**. 11 ed. – São Paulo: Saraiva, 2016. Na passagem o autor diz ainda que o determinante é convencer o juiz. Não se nega a verdade, nega-se apenas que o processo penal tenha por missão buscá-la a qualquer custo, pois ela é contingencial e não estruturante.

facti produzindo quadro prévio do que efetivamente possa ter ocorrido impedindo uma avaliação mais equânime e despida de preconceitos. O risco associado a esta conduta é o do resultado arbitrário e o decisionismo. Perfecto Ibáñez ainda complementa que essa reconstrução do passado precisa ser extremamente cuidadosa sob pena de prejuízo manifesto à relação processual e a sua decisão. Aduz que,

É na reconstrução ou elaboração dos fatos onde o juiz é mais soberano; mais dificilmente controlável, e onde, portanto, pode ser – como foi e em não poucas ocasiões segue sendo – mais arbitrário.¹¹

Noutras palavras não há que se falar em instrução de ofício por parte do juiz criminal sem que o seu resultado se mostre inservível. O desprendimento de tomar a iniciativa em produzi-la já torna evidente a sua posição quanto às variáveis componentes do seu juízo de valor e da formação da sua convicção. Em ordenamentos estrangeiros como o Chileno, que passou por uma reformulação radical tanto no aspecto estrutural como no aspecto cultural, passou-se a utilizar o que a doutrina intitulou de juízo de garantia. Uma forma técnica de desterrar do juízo coletor da prova a possibilidade de decidir a demanda, ou seja, um juiz faria a instrução, inclusive de ofício, enquanto outro magistrado seria responsável pela avaliação do conteúdo da prova, sua valoração e posterior decisão.

3. A GESTÃO JUDICIAL DA PROVA EM FACE DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

A tema gestão jurisdicional da prova é sempre incômodo por resultar de uma discussão muito ampla e filosoficamente inesgotável. A própria definição do que seria uma verdade processual sempre esteve povoando o centro das discussões processuais penais e, apesar disso, sempre se percebe uma extrema dificuldade em precisar exatamente o seu significado, conteúdo, perspectiva e valoração.

No mundo jurídico, entretanto, apesar dessa dificuldade, a verdade, substanciada na prova processual continua sendo um dos elementos entendidos como fundamentais na persecução processual. Na esfera penal com mais gravidade especificamente pelos valores protegidos por esse ramo e pelo fato de que não se vive de presunções, mas sim de comprovações. As condenações fundadas em meras presunções se não nulas são completamente inapropriadas no âmbito criminal. A máxima eleita pela Carta Magna é a do *in dubio pro reu*, as presunções

11 IBÁÑEZ, Perfecto Andrés. **Sobre a motivação dos fatos na sentença penal. Valoração da Prova e Sentença Penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 67.

em geral militam em favor do réu e não da condenação jurídico-social.

3.1. A BUSCA DA VERDADE NA REALIDADE PROCESSUAL PENAL

Como mencionado anteriormente trata-se de um campo sensível na persecução processual. O “mito da verdade”¹² processual a ser alcançada no processo goza de profundo desconfiança quanto ao seu real acesso. Discute-se, se o que se apresenta na relação processual em momento posterior ao evento, realmente promove a descrição fiel do que realmente foram os fatos delitivos que possam concorrer para uma condenação criminal substancial.

A discussão, inclusive, entre a verdade formal e verdade real já se encontra na lição de Jacinto Coutinho de Miranda, superada¹³. Atualmente não existe sustentação para essa dicotomia.

Esse senso comum teórico da grande maioria dos juristas deve ser visto como uma caravana de ecos legitimados de um conjunto de crenças, a partir das quais se dispensa o aprofundamento das condições e das relações que tais crenças mitificam¹⁴.

Warat, de maneira bem assertiva, deixa claro que a investigação como se propõe ressoa uma construção de superficialidade de entendimento, sem apontar um rumo científico capaz de sustentar a restrição de liberdade ocasionada por uma condenação criminal.

Seria de um reducionismo exagerado a simplificação de uma representação de verdade processual sem a sagacidade e empirismo técnicos necessários. “Só os profetas são capazes de enxergar o óbvio”¹⁵, a jurisdição não pode ostentar a dívida da profecia, mas sim da cientificidade em seus manifestos.

Para Foucault é essencial a todos os mecanismos de punição, inclusive nas relações mais contemporâneas a conjugação simultânea do poder com a verdade. “Somos forçados a produzir a verdade pelo poder que exige essa verdade, somos coagidos, somos condenados a confessar a verdade ou a encontrá-la”¹⁶

Embora seja significativa a erosão dos elementos fundantes dessa suposta

12 COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *Glosas ao Verdade, dúvida e certeza, Francesco Carnelutti, para operadores do direito*. Revista Estudos Criminais. V.4, n. 14, p.77-94.

13 Idem.

14 WARAT, Luis Alberto. *O direito e sua linguagem*. 2 versão. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1984.

15 RODRIGUES, Nelson. *O reacionário [recurso eletrônico]: memórias e confissões*. 2. Ed. – Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2016.

16 FOUCAULT, Michel. *Em defesa da sociedade: curso no Collège de France (1975-1976)*. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 29.

verdade, não se poderia abrir mão da ideia de que o processo careceria de um elemento fundante que justificasse a condenação ou absolvição do suposto acusado.

Nessa esteira é profundamente necessário estabelecer qual o lugar da verdade no processo. Não se pode entregar a condição de hegemonia, nem relegar a sua desconsideração. Ambas as posturas geram um eminente prejuízo aos interesses do acusado.

Rui Cunha Martins afirma que o estafado problema da verdade no seio do processo penal carece, sobretudo, de um deslocamento de perspectiva¹⁷. O entendimento predominante é de que a verdade se torna algo contingencial, ou seja, inalcançável à luz dos mecanismos físicos atualmente disponíveis.

Daí se extrair de Carnelutti¹⁸ com apoio em Heidegger o fato de que a verdade sempre será algo estimável. Qualquer providência que tente certificar de forma incontestável a verdade processual é estritamente formal e não alcançará o intento. Entende que a verdade está no todo não em partes, e o todo é demais para o processo. Ou seja, faz parte de uma realidade intangível, portanto inalcançável.

Salah, nos seus “rastros de passividade”¹⁹, corrobora a ideia de que o processo representa a presentificação do passado numa tentativa de reconstrução histórica do crime, através da prova e respeitando as regras do jogo. Tal medida de fato não pode existir dada a dificuldade em se reproduzir fielmente o que já ocorreu em momento anterior.

Ávila sustenta que falar em verdade é falar em algo absolutamente impossível de ser alcançado, pois a reconstrução de um ato histórico é sempre minimalista e imperfeita²⁰. Em suma essa verdade é sempre excessiva e, portanto, seu alcance é impossível. O real só existe efetivamente no presente.²¹

Ferrajolli, tratando desta matéria entende que, uma justiça penal integralmente com verdade constitui uma utopia, uma justiça penal completamente sem

17 MARTINS, Rui Cunha. **O mapeamento processual da verdade**. In: PRADO, Geraldo; MARTINS, Rui Cunha, CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de., **Decisão Judicial. A cultura jurídica brasileira na transição para a democracia**. São Paulo: Marcial Pons, 2012. p. 71.

18 CARNELUTTI, Francesco. Verità, Dubbio e Certezza. **Rivista di Diritto Processuale**, v. XX, (II série), p. 4-9, 1965

19 KHALED JR. Salah H. **A busca da verdade no processo penal: para além da ambição inquisitorial**. 2 ed. – Belo Horizonte: Letramento: Casa do Direito, 2016. p. 303

20 ÁVILA, Gustavo Noronha de; GUALAND, Dieter Mayrhofer; PIRES FILHO, Luiz Alberto Brasil Simões. **A obsessão pela verdade e algumas de suas consequências para o processo penal**. In: AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de; CARVALHO, Salo de. **A crise no processo penal e as novas formas de administração da justiça criminal**. Porto Alegre: Notadez, 2006, p.43-44

21 LOPES JR., Aury. **Fundamentos do Processo Penal: introdução crítica**. 5 ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

verdade equivale a um sistema de arbitrariedade.²²

Importante ressaltar que a medida da verdade e a forma da sua obtenção compreende significativa matriz para a definição do sistema processual em que se afirma. E com ela a forma em que a prova deverá ser produzida de forma mais democrática e republicana possível sem prejuízo aos acusados ou ao próprio processo.

3.2. REFLEXOS DO SISTEMA PROCESSUAL ADOTADO NO BRASIL

É sabido que o processo penal não pode ter a arrogância de pretender ser revelador da verdade. Entretanto, os sistemas processuais penais são caracterizados pelos seus modos de produção da verdade.²³

Segundo Salah é necessário estabelecer historicamente a questão da produção da verdade através do exame dos sistemas processuais²⁴ penais. A forma como se desenvolve a persecução penal se dá espelhada na matriz do sistema processual do ordenamento jurídico local.

Badaró, a esse respeito, entende que se trata de uma questão predominantemente política e quase nada decorrente de uma política técnico-processual, pois a escolha do sistema processual decorre do próprio modelo de Estado com seus jurisdicionados. Para o autor, “a relação processual penal é um reflexo da relação entre Estado e indivíduo ou, mais especificamente, entre autoridade e liberdade”²⁵.

No direito brasileiro a definição do sistema esbarra em uma barreira aparentemente insuperável que seria a ideia de que temos a Constituição Federal na sua essência com uma verve acusatória e a realidade propugnando a sistemática inquisitória. Segundo preleciona Jacinto Coutinho, “o sistema processual-penal brasileiro é, na sua essência, *inquisitório*, porque regido pelo princípio inquisitivo, já que a gestão da prova está, principalmente, nas mãos do juiz.”²⁶

22 FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal**. Tradução de Fauzi Hassan Choukr. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. p. 39. Título original: *Diritto e ragione: teoria del garantismo penale*.

23 GARAPON, Antoine; PAPAPOULOS, Ioannis. **Julgar nos Estados Unidos e na França: cultura jurídica francesa e Common Law em uma perspectiva comparada**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 12.

24 KHALED JR. Salah H. **A busca da verdade no processo penal: para além da ambição inquisitorial**. 2 ed. – Belo Horizonte: Letramento: Casa do Direito, 2016. p. 29.

25 BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Ônus da prova no processo penal**. São Paulo: RT, 2003. p. 106.

26 COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **“Introdução aos princípios gerais do processo penal brasileiro”**. p.29.

Segundo Ferrajoli, a seleção dos elementos teóricos que definem a natureza jurídica do sistema processual a ser adotado está intimamente condicionada aos juízos de valores explicitados, por conta do nexo que sem dúvida direciona o modelo acusatório ao garantismo e o sistema inquisitório ao modelo autoritário e com eficácia repressiva.²⁷

Lopes Jr. afirma que no sistema inquisitório, nasce a (inalcançável e mitológica) verdade real, em que o imputado nada mais é um mero objeto de investigação, detentor da verdade de um crime, e, portanto, submetido a um inquisidor que se encontra autorizado a extraí-la a qualquer custo.²⁸

Em que pesem as divergências doutrinárias ou as opiniões plurais lançando uma terceira via que seria a do sistema processual penal misto²⁹, o sistema brasileiro com apoio nas determinações constitucionais tem como fonte superior a tendência democrática marcante do sistema acusatório.

Sob esse viés é que o processo brasileiro tem uma atuação passiva do juiz, as atividades de acusar e julgar estão encarregadas de pessoas distintas, ausente a denúncia anônima, acusação por meio escrito e com indicação da prova, contraditório e ampla defesa, procedimento oral e julgamentos públicos³⁰.

Não é de todo surpreendente essa disfunção entre os repositórios normativos brasileiros, ou seja, o CPP em alguns momentos se confronta com a Constituição Federal por suas matrizes serem evidentemente diversas. O CPP foi criado com inspiração no fascismo italiano e num período autoritário da história brasileira enquanto a Constituição representou uma mudança diametral do padrão ditatorial para o democrático.

O que se espera do juiz nesse contexto é que munido com instrumento de exceção ele promova a inclusão. Por óbvio, como a Carta Magna tem uma estatura maior no ordenamento o padrão democrático deve ser seguido.

A jurisdição precisa responder de forma republicana aos anseios. As regras do jogo – devido processo legal – precisam ser implementadas e com elas a manu-

27 FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y Razon – teoria del garantismo penal**. Tradução Perfecto Andres Ibáñez; Alfonso Ruiz Miguel; Juan Carlos Bayón Mohino; Juan Terradillos Basoco e Rocío Cantarero Bandrés. 2 ed. Madrid Trotta, 1997. p. 333.

28 LOPES JR., Aury. **Fundamentos do Processo Penal: introdução crítica**. 5 ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

29 Referência fortemente combatida pela maior parcela da doutrina por entender que com essa natureza não haveria como definir qual seria o princípio fundante desta espécie. Não teria como sustentar a teoria de que um sistema seria embasado em parte de forma inquisitivo e em parte acusatório. Não se despreza, a seu turno, também o fato de que o processo pode ser materializado como uma mera repetição da primeira fase embasada em rotinas inquisitórias, portanto extremamente desequilibrado.

30 Características do sistema acusatório extraídas da obra LOPES JR., Aury. **Fundamentos do Processo Penal: introdução crítica**. 5. Ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p. 180.

tenção do equilíbrio processual. Tratando de equilíbrio, outro não seria o ponto fulcral senão a necessidade de imparcialidade como vetor de produção de justiça.

A imparcialidade é marca do sistema acusatório. Lopes Jr. Sustenta que “pensar o sistema acusatório desconectado do princípio da imparcialidade e do contraditório, é incorrer em grave reducionismo”³¹. A imparcialidade não é qualidade pessoal do juiz, mas uma qualidade do sistema acusatório, comprometida no decisionismo inquisitório³². Pelos ditames constitucionais se torna inconcebível uma estrutura que o órgão julgador dirija o processo movido pela intenção de condenar³³.

4. A INSTRUÇÃO DE OFÍCIO E A CONTRARIEDADE AO REGIME CONSTITUCIONAL DA IMPARCIALIDADE

O modelo acusatório brasileiro no que tange a aplicação da imparcialidade traz em si a necessidade de um amplo debate sob pena de serem atingidas garantias próprias do sistema constitucional brasileiro.

Em tese é possível afirmar que em um estado ideal de coisas do devido processo, que elege a separação de poderes como pilar, precisa identificar o lugar do juiz em posição de equidistância – *terzietà* – das partes, inclusive, com vedação da determinação da prova de ofício pelo magistrado.

“La imparcialidade del juez es la resultante de las parcialidades de los abogados”³⁴. Com essa afirmação Werner Gosldschmidt sustenta a lógica de que não faz parte do campo de atuação do magistrado participar a produção da prova, da instrução de ofício no processo. Caberia as partes trazer ao processo os instrumentos probatórios e submetê-los a análise do juiz que é fundamentalmente a função judicante.

Segundo Pozzebon, a decisão judicial dar-se-ia no plano lógico, como produto do pensamento racional do juiz, sendo tal decisão fruto de um juiz impar-

31 LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. P.70.

32 Idem. p.183.

33 Salah Kaled Jr. Afirma que “em última análise, é preciso fazer uma clara opção entre um processo acusatório e democrático, fundado na dignidade humana – e, logo, na presunção de inocência – e um processo de inspiração inquisitória, fundado na lógica de persecução ao inimigo e movido pelo ódio que é seu legado autoritário. Em um processo, o juiz ingressa predisposto a absolver, ciente de que oposição que lhe cabe é receptiva e que é a acusação que deve derrubar a presunção de inocência; em outro processo, o juiz entra movido por insaciável ambição de verdade e pratica ato de parte, o que só pode expressar um irrefreável desejo de condenação. Afinal, qual o processo que queremos?”. KHALED JR., Salah H. **Discurso de Ódio e Sistema Penal**. Belo Horizonte: Casa do Direito; Livramento, 2018. p. 41.

34 GOLDSCHMIDT, Werner. **Introducción Filosófica al Derecho: la teoría trialista del mundo jurídico y sus horizontes**. Séptima Edición. Buenos Aires: Lexis Nexis, 2005, pp. 321 e 587-588)

cial. Resposta de um Poder que seria ao mesmo tempo contrapoder, munido de razão soberana, a garantir uma objetividade alheia aos interesses políticos dos demais poderes e sem os sentimentos, subjetividades e passionalismos.³⁵

Essa iniciativa instrutória do Juiz desenvolve neles os *quadros mentais paranoicos*. De tal sorte que o juiz que vai atrás da prova primeiro decide e depois vai atrás dos fatos (prova) que justificam a decisão. Acarretando a quebra da estrutura dialética do processo. Cordero, denominada de *primato dell'ipotesi sui fatti*³⁶.

As hipóteses do art. 156, I e II do CPP são claramente incompatíveis com o escopo da Constituição. Ao permitir que a autoridade jurisdicional possa de ofício produzir a prova torna parcial qualquer manifestação resultante do procedimento. *Verbis*:

Art. 156. A prova da alegação incumbirá a quem a fizer, sendo porém, facultado ao juiz de ofício: I – ordenar, mesmo antes de iniciada a ação penal, a produção antecipada das provas consideradas urgentes e relevantes, observando a necessidade, adequação e proporcionalidade da medida; II – determinar, no recurso da instrução, ou antes de proferir sentença, a realização de diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante.

A discussão se extrema quando as atenções no modelo jurisdicional brasileiro se voltam ao fato de que “primeiro se julga e, depois raciocina-se, se as razões fundadas na prova são, propriamente, o meio para testar o juízo.”³⁷

Portanto, a imparcialidade do juiz ocupa um papel central na construção e nas exigências do devido processo legal, de tal modo que não é possível cogitar na existência de um processo justo sem que se verifique presença de um juiz imparcial.

Os dispositivos que atribuam ao juiz poderes instrutórios, como supra-citado art. 156, I e II do CPP, externam a adoção do princípio inquisitivo, que funda um sistema inquisitório, pois representam uma quebra da igualdade, do contraditório, da própria estrutura dialética do processo. Como decorrência, fulminam a principal garantia da jurisdição, que é a imparcialidade do julgador. Está desenhado um processo inquisitório.

35 POZZEBON, F. D. A. **A Crise do Conhecimento Moderno e a Motivação das Decisões Judiciais como Garantia Fundamental**. In: GAUER, Ruth Maria Chittó (Coord.). **Sistema Penal e Violência**. p. 231-244. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 231-244.

36 CORDEIRO, Franco. **Guida ala procedura penale**, Torino: UTET, 1986, p. 51. Apud. COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **Glosas ao Verdade, dúvida e certeza, Francesco Carnelutti, para operadores do direito**. Revista de Estudos Criminais. V.4, n 14, p.77-94.

37 COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **Glosas ao Verdade, dúvida e certeza, Francesco Carnelutti, para operadores do direito**. Revista Estudos Criminais. V.4, n. 14, p.77-94.

Sempre que se atribuem poderes instrutórios ao juiz, destrói-se a estrutura dialética do processo, o contraditório, funda-se um sistema inquisitório e sepulta-se de vez qualquer esperança de imparcialidade (*terzietà* = alheamento). É um imenso prejuízo gerado pelos pré-juízos que o julgador faz.³⁸

Na lição de Geraldo Prado é evidente que o recolhimento da prova por parte do juiz antecipa a formação do juízo. A ação voltada a introdução de material probatório é precedida da consideração psicológica pertinente aos rumos que o citado material, se efetivamente incorporado ao feito, possa determinar.³⁹

O Magistrado quando promove a instrução de ofício tem a ciência de que consequências a prova produzida alcançará na definição dos fatos processuais. “Quem procura sabe ao certo o que pretende encontrar e isso, em termos de processo penal condenatório, representa uma inclinação ou tendência perigosamente comprometedora da imparcialidade do julgador”⁴⁰

Lopes Jr. vai adiante evidenciando que

a imparcialidade do juiz fica evidentemente comprometida quando estamos diante de um juiz-instrutor ou quando lhe atribuímos poderes de gestão/iniciativa probatória. É um contraste que se estabelece entre posição totalmente ativa e atuante do instrutor, com inércia que caracteriza o julgador. Um sinônimo de *atividade*, e outro, de *inércia*.⁴¹

A necessidade de implementação da imparcialidade no processo alcança uma dimensão superior. Para além do significado ontológico, Zaffaroni afirma que a imparcialidade é essencial na relação processual. Para o autor a jurisdição não existe se não for imparcial, já que a imparcialidade é a essência da jurisdicionalidade.

Segundo Giacomolli, “o princípio acusatório faz parte das garantias básicas do processo penal e implica, essencialmente, segundo Pico y Junoy, a existência de uma contenda processual entre duas partes contrapostas – acusador e acusado –, a ser resolvida por um terceiro imparcial, com uma clara distinção das funções processuais fundamentais”⁴². Ainda destaca o autor que “a iniciativa probatória

38 LOPES JR., Aury. **Fundamentos do Processo Penal: introdução crítica**. 5 ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p. 207.

39 PRADO, Geraldo. **Sistema Acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais**. 4 ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006 p. 158.

40 Idem.

41 LOPES JR., Aury. **Fundamentos do Processo Penal: introdução crítica**. 5 ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p. 208.

42 GIACOMOLLI, Nereu José. *Atividade do juiz criminal frente à constituição: deveres e limites em face do princípio acusatório*. In: GAUER, Ruth Maria Chittó (coord.), **Sistema Penal e Violência**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 219.

pertence às partes e o juiz, enquanto tal, é um terceiro imparcial, motivo por que não é sua função a proposição de meios de prova, nem de forma subsidiária”⁴³.

A comprovação mínima de que houve contribuição do juiz na produção antecipada da prova torna a relação processual desequilibrada. A presunção de inocência, matriz do ordenamento jurídico constitucional é afetado diretamente em sua essência. A imparcialidade fica completamente prejudicada pela aproximação demasiada do magistrado à parte acusadora. Não se pode colocar os fins à frente dos meios no processo penal brasileiro posto que seria uma flagrante quebra no regramento que estabiliza as relações processuais e o decisionismo fundado num suposto ativismo judicial tornaria a insegurança jurídica o símbolo do processo penal.

5. CONCLUSÃO

Num perfeito estado de coisas, o processo seria a rivalização direta entre os sujeitos. As partes, no afã de comprovar suas teses e defender os seus direitos buscam nessa estrutura dialética, usando das armas permitidas pelo jogo legal, superar o lado oposto. Dentro das possibilidades extraídas do devido processual legal, sem fugir as regras naturais do jogo processual, as permissões vão surgindo e as disputas vão se multiplicando no transcorrer das relações processuais em geral.

Pelo jogo do processo, encontramos e atribuímos a cada agente a sua função precípua. Às partes, ao Ministério Público, ao Assistente, ao Juiz, enfim, todos têm o seu lugar delineado no processo. Essa função sendo reconhecida tanto no aspecto prático como no teórico de tal sorte que o equilíbrio se encontra jungido nesse caminho legalmente definido.

Dessa forma, na medida em que a rivalidade passa a acontecer entre juiz e parte por uma opção declarada pelo magistrado, ou seja, quando o magistrado de ofício resolve fazer a instrução, a principal regra do processo quebrada é a imparcialidade. Se pela formação antecipada do seu ponto de vista ou mesmo pela contingência processual que flexibiliza as decisões, é atingido de morte a Constituição Federal.

Sem imparcialidade não há que se falar em processo penal justo. Sem imparcialidade impossível asseverar que houve uma prestação jurisdicional legítima ou regular. Dito isto, entendemos pelos argumentos acima descritos que dispositivos como art. 156, I e II do CPP e seu exercício, francamente se indispõem à

43 Idem. p. 224.

Constituição Federal. Antecipam a decisão antes do fiel cumprimento do devido processo legal e essa inversão será sempre danosa ao processo e às partes. Além de espancar vigorosamente a imparcialidade, não permite, na melhor das hipóteses, a aplicação do contraditório, garantia mínima dos rituais processuais brasileiros.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALONSO, Pedro Aragoneses. **Proceso y derecho procesal**. 2. Ed. Madrid: Edersa, 1997.
- ÁVILA, Gustavo Noronha de; GUALAND, Dieter Mayrhofer; PIRES FILHO, Luiz Alberto Brasil Simões. **A obsessão pela verdade e algumas de suas consequências para o processo penal**. In: AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de; CARVALHO, Salo de. **A crise no processo penal e as novas formas de administração da justiça criminal**. Porto Alegre: Notadez, 2006.
- BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Ônus da prova no processo penal**. São Paulo: RT, 2003.
- CARNELUTTI, Francesco. Verità, Dubbio e Certezza. **Rivista di Diritto Processuale**, v. XX, (II série), 1965.
- COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **“Introdução aos princípios gerais do processo penal brasileiro”**.
_____. **Glosas ao Verdade, dúvida e certeza, Francesco Carnelutti, para operadores do direito**. Revista de Estudos Criminais. V.4, n 14.
- FERRAJOLI, Luigi, **Derecho y Razon – teoria del garantismo penal**. Tradução Perfecto Andres Ibáñez; Alfonso Ruiz Miguel; Juan Carlos Bayón Mohino; Juan Terradillos Basoco e Rocío Cantarero Bandrés. 2 ed. Madrid Trotta, 1997.
- _____. **Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal**. Tradução de Fauzi Hassan Choukr. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. Título original: Diritto e ragione: teoria del garantismo penale.
- FOUCAULT, Michel. **Em defesa da sociedade: curso no Collège de France (1975-1976)**. São Paulo: Martins Fontes, 1999.
- GARAPON, Antoine; PAPAPOULOS, Ioannis. **Julgar nos Estados Unidos e na França: cultura jurídica francesa e Common Law em uma perspectiva comparada**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.
- GIACOMOLLI, Nereu José. **Atividade do juiz criminal frente à constituição: deveres e limites em face do princípio acusatório**. In: GAUER, Ruth Maria Chittó (coord.), **Sistema Penal e Violência**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.
- GOLDSCHMIDT, Werner. **Introducción Filosófica al Derecho: la teoría trialista del mundo jurídico y sus horizontes**. Séptima Edición. Buenos Aires: Lexis Nexis, 2005.
- GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **A motivação das decisões penais**. São Paulo. Ed. RT, 2001.
- IBÁÑEZ, Perfecto Andrés. **Sobre a motivação dos fatos na sentença penal. Valoração da Prova e Sentença Penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.
- KHALED JR. Salah H. **A busca da verdade no processo penal: para além da ambição inquisitorial**. 2 ed. – Belo Horizonte: Letramento: Casa do Direito, 2016.
- _____. **Discurso de Ódio e Sistema Penal**. Belo Horizonte: Casa do Direito: Livramento, 2018.
- LOPES JR. Aury. **Direito Processual Penal**. 11 ed. – São Paulo: Saraiva, 2014.
- _____. **Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

_____. **Fundamentos do Processo Penal: introdução crítica.** 5 ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

MARTINS, Rui Cunha. **O ponto cego do direito: the brazilian lessons.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

POZZEBON, F. D. A. **A Crise do Conhecimento Moderno e a Motivação das Decisões Judiciais como Garantia Fundamental.** In: GAUER, Ruth Maria Chittó (Coord.). **Sistema Penal e Violência.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

PRADO, Geraldo. **Sistema Acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais.** 4 ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006.

_____. ; MARTINS, Rui Cunha, CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de., **Decisão Judicial. A cultura jurídica brasileira na transição para a democracia.** São Paulo: Marcial Pons, 2012.

RODRIGUES, Nelson. **O reacionário [recurso eletrônico]: memórias e confissões.** 2. Ed. – Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2016.

TARUFFO, Michele. **Idee per una teoria dela decisione giusta.** Rivista trimestrale di diritto e procedura civile, 1997.

WARAT, Luis Alberto. **O direito e sua linguagem.** 2 versão. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1984.

A PERSPECTIVA ONTOLÓGICA COMO COMPROMISSO ÉTICO-POLÍTICO DIANTE DO CONTEXTO CARCERÁRIO BRASILEIRO

Vitória Rosa Cougo¹

Cláudia Maria Perrone²

Resumo: O sistema prisional no Brasil aponta para dados alarmantes de superlotação, violação de direitos e precarização das condições de vida da população seleta que se encontra nesses espaços. Tal cenário enquadra o sujeito em condições narrativas específicas que delimitam seus lugares de existência no espaço social e político. Para refletir sobre estas questões torna-se necessário problematizar a visão puramente normativa do crime, a qual alicerça o Direito Penal contemporâneo. De forma que este trabalho tem por intuito apresentar uma perspectiva ontológica do sujeito, a partir das construções teóricas da filósofa Judith Butler, atravessadas pela teoria psicanalítica, compreendendo que as discussões científicas em torno de tal problemática devem tornar visíveis argumentos ético políticos que viabilizem o encontro do leitor com a violência – real e simbólica - que atravessa as prisões brasileiras.

Palavras-chave: Direito Penal, Ontologia, Sistema Prisional, Psicanálise.

Abstract: The prison system in Brazil points to alarming data on overcrowding, violation of rights and precariousness of the living conditions of the select population that is in these spaces. This scenario frames the subject in specific narrative conditions that delimit their places of existence in the social and political space. To reflect on these issues it is necessary to problematize the purely normative

1 Psicóloga pela Universidade Franciscana (UFN) e Mestranda em Psicologia pela Universidade Federal de Santa Maria (UFSM). Bolsista CAPES na linha de pesquisa Psicanálise e Políticas do Contemporâneo (UFSM).

2 Doutora em Linguística e Letras pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS). Professora Associada-II do Departamento de Psicanálise e Psicopatologia do Instituto de Psicologia da Universidade Federal do Rio Grande do Sul e professora colaboradora da Pós-Graduação em Psicologia da UFSM.

view of crime, which underlies contemporary criminal law. In such a way that this work aims to present an ontological perspective of the subject, based on the theoretical constructions of the philosopher Judith Butler, crossed by psychoanalytic theory, understanding that the scientific discussions around such political ethical arguments that make visible the reader's encounter with violence – real and symbolic – that runs through Brazilian prisons.

Keywords: Criminal law, Ontology, Prison system, Psychoanalysis.

1 QUESTÕES INTRODUTÓRIAS

Se, como diria Espinosa, podemos desejar viver a vida da maneira correta apenas se já existe, ou se existe ao mesmo tempo, um desejo de viver, pareceria igualmente verdade que o cenário de punição que busca transformar o desejo de vida em desejo de morte destrói aos poucos a condição da própria ética (BUTLER, 2017, p. 69).

Este trabalho, ao propor pensar brevemente as implicações da perspectiva ontológica no que diz respeito ao compromisso ético e político diante do contexto carcerário Brasileiro, se baseia em indagações suscitadas a partir das produções teóricas da filósofa norte-americana Judith Butler. Além de reverberar em problematizações, ainda incipientes, acerca da experiência de pesquisa de campo em um presídio localizado no interior da região central do estado do Rio Grande do Sul.

Butler vem produzindo intensos debates acerca das relações entre os corpos sociais, a normatividade, a ética e a política na contemporaneidade. Em seu livro denominado: *Quadros de Guerra: quando a vida é passível de luto?* a autora assume pensar a política, a violência e suas relações éticas para além das discussões de gênero e feminismo, os quais eram até então seus temas de discussão predominantes. A partir disso, Butler estende suas questões de trabalho problematizando também as manifestações afetivas de uma sociedade que se comove e significa discursivamente e normativamente certos corpos e repudia, ignora, bem como, retira do campo da visibilidade outros. Determinando, com isso, as vidas preservadas que ganharão o estatuto de vivíveis e aquelas que serão entregues a violência e ao abandono, delineando uma finitude programada.

Estas discussões reverberam em uma perspectiva de olhar potente para as condições de encarceramento no Brasil, posto que se observa cenários de superlotação, violação de direitos e precarização das vidas seletas que circundam os

espaços prisionais. Tal situação se naturaliza e se perpetua a partir da legitimação de tais violências por parte do Estado e do não questionamento das mesmas por parte da sociedade. Fazendo-nos refletir, diante disso, os impactos de tais condições na experiência social, política, ética e narrativa destes sujeitos institucionalizados, *a priori*, pela sua relação com o crime. Desse modo, acredita que uma postura ética diante de tal contexto pode ser sustentada a partir de uma crítica aos “[...] regimes de inteligibilidade que ordenam a ontologia, especificamente, a ontologia do sujeito” (BUTLER, 2017, p. 141). Nas palavras de Demetri (2018, p. 459):

Butler usa os termos ontológicos com o fim de impedir, mediante sua *repetição*, que continuem exercendo seus mais habituais efeitos constritivos de poder, com o fim de impedir que persistam em distribuir realidade a alguns corpos a custo da abjeção de outros, isto é, da recusa de certos corpos cujas vidas são estimadas, mediante um processo discursivo, como não visíveis.

A pergunta ontológica, isto existe?, somada as perspectivas filosóficas de Butler, permitem pensar o estatuto da existência menos próxima de questões essenciais, naturais e fisiológicas do corpo e mais com as predeterminações sociais e políticas que os mesmos assumem em sua modelagem. Nesse ponto, acredita-se que essa discussão pode lançar reverberações às questões carcerárias no Brasil, posto que a população que ocupa estas instituições tem representado o abjeto da sociedade, destituída dos laços de pertencimento à sociedade e localizada como grupo de inimigos passíveis de extermínio. Desta forma, se considerarmos que as prisões compõem um *locus* de enquadramento e reprodução da degradação de determinados corpos, a pergunta que se pretende fazer circular neste trabalho é: de que forma a ontologia dos corpos em Butler auxilia na compreensão da situação dos corpos encarcerados no Brasil na contemporaneidade, possibilitando uma perspectiva ético-política para tal discussão?

2 PENSANDO A QUESTÃO ONTOLÓGICA

O termo ontológico é definido como o estudo da natureza do ser e possui profunda relação com o campo da filosofia. Ao longo da história ocidental o conceito de ontologia foi pensado em diferentes matrizes do pensamento, são elas: a ontologia do uno, a ontologia do ser e a ontologia do devir. Estas matrizes parecem acompanhar o processo arqueológico realizado por Michel Foucault (1966/2007), em *As Palavras e as Coisas*, quando o autor procura realizar uma investigação acerca da história do pensamento que tornou possível a existência das ciências humanas. Isto é, Foucault buscou compreender de que forma

a representação e a conformação dos saberes ocorreu de modo a permitir que o homem pudesse tomar a si próprio como objeto de estudo, sendo isto possível somente a partir da modernidade. Desta forma, a ontologia só **pôde ser pensada como uma problemática** em si quando o saber deixou de ser concebido como independente do homem que lhe forja, do seu tempo histórico e do seu enquadramento discursivo – questões filosóficas que ainda não eram reconhecidas nas matrizes ontológicas do uno e do ser. Desta forma, quando a noção ontológica do sujeito passou a ser tomada como uma condição de apreensão da linguagem e não mais como um dado da natureza, como era concebida no renascimento e no classicismo, segundo Foucault (1966/2007), surge uma nova possibilidade de concepção da ontologia.

Desta forma, percebe-se que desde a modernidade o conhecimento passa a ocupar um lugar distinto em relação ao homem, descentrando-o de maneira que a linguagem e os discursos que o constituem passam a serem a condição e a limitação de todo e qualquer conhecimento. Tal movimentação no que tange as possibilidades de apreensão de conhecimento sobre o ‘ser’ torna possível compreender a ontologia de cada momento histórico como uma forma de estabelecer as críticas de conformação dos discursos de cada tempo. Nesse sentido, conforme nos diz Furtado (2015), Foucault vai propor uma ontologia do presente que se articula com a noção de crítica, onde:

A crítica e, por conseguinte, a ontologia crítica referem-se ao gesto de colocar em evidência limites instituídos, isto é, normas, organizações sociais, valores, acontecimentos históricos, políticas estabelecidas e modos de gestão dos corpos, os quais dão à experiência seu enquadramento, configurando o campo do pensável, do dizível e do factível (FURTADO, 2015, p. 148).

A partir do momento em que o saber ontológico passa a ocupar um certo cenário de condições de possibilidade, distante da ideia de um domínio do conhecimento natural e universalizável que apreende os seres através de um conhecimento apriorístico, é possível conceber uma ontologia do ser social. Isto é, as possibilidades de existência relacionadas com os movimentos de apreensão dos jogos discursivos que limitam, ou, encarceram as possibilidades do ser. Assim, percebe-se que o movimento crítico de Foucault em relação à ontologia foi o de buscar compreender como os saberes se legitimam por meio de estratégias de poder, legitimando as formas de gestão dos sujeitos no espaço social. Nesse ponto, convocamos a proposta ontológica discutida mais recentemente por Butler, na qual a autora compreende o domínio ontológico por uma outra via, questionando como determinados discursos operam por meio de argumentos ontológicos,

conferindo possibilidades de existência distintas aos corpos sociais.

Butler compreende a ontologia como um processo de classificação dos seres que se encontra envolvido por táticas de poder. De forma que a ontologia, como domínio do conhecimento, ocupa para a filósofa um lugar peculiar de análise acerca das relações políticas na sociedade. Afinal, quando se compreende que a distribuição de possibilidades de existir é realizada de forma assimétrica no espaço social e que alguns seres serão excluídos de seu domínio e outros incluídos, compreende-se que à alguns corpos se torna possível, por exemplo, a delegação da abjeção, pela via da desumanização. Com tal posicionamento, Butler não está se referindo apenas aos corpos não normativos que fazem parte de suas predominantes discussões sobre gênero, mas também, em suas palavras: “[...] o abjeto para mim não se restringe de modo algum a sexo e heteronormatividade. Relaciona-se a todo tipo de corpos cujas vidas não são consideradas vidas e cuja materialidade é entendida como “não importante” [...]” (PRINS; MEIJER, 2002, p.161).

O gatilho que levou Butler a ampliar as dimensões de suas discussões foram os atentados de 11 de setembro nos Estados Unidos. Segundo Demetri (2018), a autora se pôs a refletir acerca de como uma nação, como a dos EUA, que se ancora na vanglorização de seu poder e superioridade, camuflando qualquer condição de vulnerabilidade, pôde experimentar uma situação de ataque tão radical que desestabilizou suas crenças de hegemonia. Nesse sentido, a filósofa assume uma posição radical em relação à política, compreendo-a a partir de uma dinâmica de proteção/ desproteção dos corpos sociais desde o que há neles de mais material até o mais simbólico. Nesse sentido, os corpos passam a denunciar, através das situações de luto e vulnerabilidade, relações políticas que se forjam no campo afetivo do social e que são facilmente escamoteadas pela lógica hegemônica da racionalidade.

Para Butler (2017) o luto e a vulnerabilidade são condições do corpo que insinuam a interdependência fundante dos corpos sociais. São esses os atributos que a filósofa compreende como universalizáveis na experiência humana e que sequestram dos corpos sociais qualquer possibilidade de autonomia, onipotência e autossuficiência – mesmo que tais condições sejam falsamente ofertadas como possíveis na contemporaneidade. Nesse ponto, Butler se utiliza da psicanálise para pensar que tanto os processos corpóreos mais ancestrais, os quais uma vida depende para florescer, até os processos de constituição social, que se dão a partir de discursos exteriores, fundam um lugar para o corpo que não pode ser conce-

bido apenas pelo seu estatuto de superficialidade biológica, mas também e, principalmente, como uma materialidade que ao ser inscrita no campo político discursivo sente, fala e atua a partir de certas formas de interdependência disponíveis que lhe são constitutivos. Esse processo de constituição e de inserção no campo da linguagem funda uma condição pré-ontológica que diz da experiência de um corpo que já possui um lugar delimitado no mundo antes mesmo de ocupa-lo, de fato, com a materialidade de sua vida, bem como, de possuir consciência sobre o mesmo. Essa condição pré-ontológica, por ser inconsciente, é fonte dos processos de vulnerabilidade e precariedade, os quais Butler defende como sendo necessários a experiência dial(ética) dos sujeitos na sociedade. De forma que, como nos diz Demetri (2018):

Se quando Butler quis encontrar o corpo (*Bodies that matter*) isso a levou para outros lugares, aqui parece haver um gesto parecido – situar um tema indo para além dele – em que, ironicamente, parece haver um *retorno* ao corpo: quando ela situa essa “exposição a violência” e essa “vulnerabilidade”, podemos afirmar que está implícita uma ideia da vida corpórea que impõe demandas de cunho ético-políticas. A caracterização de Butler parece ser um pouco ampla e imprecisa, mas ela sintetiza na seguinte pergunta: o que faz uma vida ser chorada? (p. 89).

A partir das investigações de Butler, pode-se compreender que a forma com que os corpos são geridos no espaço social tem profunda relação com questões que escapam ao seu domínio material e que, por tanto, dizem respeito as implicações éticas e políticas que os corpos assumem diante da experiência social. Com tal argumento, a autora estende suas questões de trabalho, introduzindo a questão corpórea de forma central e singular em sua teoria. Tomando a materialidade do corpo como a expressão das formas de reconhecimento afetivas de uma sociedade, Butler produz uma reviravolta no que diz respeito a relação entre os sujeitos e os discursos no que tange ao domínio ontológico. Nesse sentido, em uma entrevista denominada: *Quando os corpos se tornam matéria?* a filósofa expõe suas concepções acerca da questão ontológica em seus escritos. Ela diz:

Meu trabalho sempre teve como finalidade expandir e realçar um campo de possibilidades para a vida corpórea. Minha ênfase inicial na desnaturalização não era tanto uma oposição à natureza quanto uma oposição à invocação da natureza como modo de estabelecer limites necessários para a vida gendrada (p. 157).

Percebe-se que, ao passo que Foucault busca compreender a crítica da ontologia a partir da forma com que alguns discursos são legitimados, como apontado anteriormente, Butler visa, em suas construções, compreender como determinados discursos operam por meio de argumentos ontológicos, delegan-

do enquadramentos obscuros a certos corpos sociais. Desta forma, a questão principal que este trabalho busca refletir através destas concepções no que tange ao contexto carcerário brasileiro é a seguinte: se o crime é o motivo pelo qual os sujeitos são encarcerados na sociedade e ele perdeu seu argumento ontológico, devido ao enfraquecimento das lógicas biodeterministas verificadas no século XIX, como a leitura de Butler acerca da ontologia dos corpos sociais pode servir para compreender os processos de seletividade da população a qual é designada os espaços carcerários degradantes no Brasil?

3 A ABJEÇÃO DOS CORPOS ENCARCERADOS A LUZ DAS CONCEPÇÕES ONTOLÓGICAS PROPOSTAS POR JUDITH BUTLER

Os movimentos históricos acerca do domínio ontológico, comentados brevemente no subtítulo anterior, reverberaram nas formas com que o homem pôde ser apreendido pelas ciências humanas, escoando nas possibilidades de o direito penal apreender as relações entre o sujeito e sociedade. Segundo Duek Marques (2007), o sistema jurídico é um campo de saber que se constitui pelos efeitos destes processos filosóficos, alicerçando-se nas formas consideradas legítimas de conceber o 'ser' social de cada tempo histórico afim de forjar, por meio das mesmas, formas de compreensão do ato delituoso.

A história do direito penal é a história mesma da criação da sociedade, posto que as mediações das relações afim de buscar e resguardar um senso de justiça, sempre existiram. As noções de crime e punição foram compreendidas de diferentes formas ao longo da história. Desde as práticas de suplício até a condição de encarceramento inúmeras torções discursivas e relações de saber e de poder foram construídas e desconstruídas afim de criar formas normativas de reconhecer e punir aqueles que da norma escapam. No entanto, percebe-se que desde a criação do Estado Moderno, regulamentado por leis, torna-se responsabilidade estatal a garantia de segurança à população, ao passo que, o mesmo também deve também resguardar um certo número de condições de existência democráticas a todos os integrantes da sociedade. Estas condições, amparadas por lei, vão desde condições básicas de sobrevivência até os direitos morais e éticos. Pensando no que tange as práticas punitivas, esse movimento propiciou a substituição da lógica da vingança pela da punição (BATISTA, 2012).

Em contrapartida, o cenário do sistema carcerário no Brasil apresenta-se como um contexto emergente, denunciando a necessidade de se inaugurar ques-

tionamentos e análises que possibilitem apreendê-lo e pensa-lo de formas distintas. Sabe-se que as condições das instituições prisionais à nível físico e discursivo no país apresentam-se de formas extremamente precárias e violentas. Isto por que além da ausência da vigência das leis que conferem mínimas condições de higiene, dignidade e cuidado aos sujeitos que se encontram em privação de liberdade, também se percebe que, no Brasil, as políticas de Estado e a mídia tem se utilizado de discursos de ódio e extermínio para referir-se à esta seleta parcela da população. Seleta por que é sabido, a partir dos sentidos de informações penitenciárias, que o grande número de presos no Brasil é composto por jovens, com baixo nível de escolaridade, solteiros, de etnia parda, pobres e presos, predominantemente, por tráfico de drogas e roubo (BRASIL, 2017).

Diante da realidade carcerária reportada, compreende-se que o direito penal ao se ancorar em uma perspectiva puramente normativa do crime, preocupado com a culpabilização causal do crime, se abstém de problematizar a complexidade do funcionamento do seu sistema. Isto por que, mesmo que os sujeitos tenham considerados seus direitos de igualdade perante a lei, devido a seletividade do sistema carcerário, compreende-se que, na prática, alguns grupos não tem acesso a uma lógica democrática de reconhecimento. Nesse ponto, surge a pertinência de contrapor a normativa vigente no funcionamento do direito penal aos processos de existência e reconhecimento os quais não se apresentam, necessariamente, como causa e efeito nas práticas deste campo do domínio político. Quer se dizer com isso que, mesmo diante das transformações nas formas de compreensão acerca do crime e da punição construídas na modernidade, desde o biodeterminismo até uma visão antropológica, o Direito Penal não parece ter colocado em questão o funcionamento da sua própria normatividade.

Nesse sentido, cabe pontuar que, diante de um sistema econômico capitalista e neoliberal que funciona a partir de uma lógica, definida pelo filósofo coreano Byung-Chul Han, de ‘desempenho’, a qual transforma os corpos em empresas que devem ter sucesso acima de qualquer lei, percebe-se que os corpos que importam passam a serem aqueles que possuem um valor econômico. Legitimando que algumas vidas já nascem localizadas no campo dos ‘desvalidos’, dos ‘descartáveis’. Cabe repetir que Butler compreende que todo o corpo fisiológico é, antes de qualquer coisa, um corpo social que carrega desde o seu nascimento um estatuto de precariedade e dependência do outro que tem relação com as narrativas passíveis de serem conferidas por ele. Tais questões, no que diz respeito ao crime e à prisão, ultrapassam a questão da consciência acerca do crime, que parece fundamentar ainda a visão normativa do crime e da punição para o Direi-

to Penal. Isto por que, desde a ascensão dos ideais Iluministas e antropocêntricos, acentuados pela Revolução Francesa, as perspectivas epistemológicas que fundamentam o sistema penal têm se preocupado com a capacidade de consciência moral do criminoso, sendo que a questão corpórea e discursiva que se aponta neste trabalho parece ser anterior a qualquer discussão acerca da consciência que poderia conferir ao preso uma ‘culpabilidade penal’ (DUEK MARQUES, 2007).

A perspectiva da lógica capitalista acaba por forjar um modo de funcionamento da lei que é facilmente suscetível a arbitrariedades, sendo válida para uns e inválida para outros. Essa organização, além de redimensionar os processos de compreensão do lugar do crime na sociedade, forja uma configuração específica de acesso ao sentimento de vulnerabilidade e precariedade, posto que essas condições passam a serem camufladas para uns e exacerbadas para outros. No caso do contexto carcerário brasileiro, compreende-se que essa lógica perfaz a construção de um discurso cínico, posto que se sabe que a execução do crime não tem relação, necessariamente, com o ambiente prisional. Cabendo questionamentos acerca de como o funcionamento do direito penal, atravessado por esse modo de racionalização, mantém menos relação com os processos de consciência acerca do crime e mais com a vulnerabilidade que alguns corpos representam diante da lei e da norma. Vulnerabilidade aqui entendida como fragilidade, fácil acessibilidade e morte. Assim, nas palavras de Pavarini (2009):

La negación de la condición de persona a determinados individuos constituye el centro de gravedad del derecho penal del enemigo como derecho punitivo diferente, autónomo y excepcional respecto al derecho penal ordinario o de la normalidad o del ciudadano. Los enemigos son Unpersonen. Esta negación de la condición de persona es teóricamente sostenible sólo y en cuanto se reconozca que ésta, es decir la personalidad, no es un dato de la naturaleza, sino una atribución normativa, de carácter moral, social y/o jurídico (p.180).

Nesse sentido, essa reflexão se pauta em compreender que ao passar por um processo judicial, o enquadramento das vidas seletas criminalizadas, tem seu (des)reconhecimento social evidenciado em um processo que acentua o rompimento dos laços sociais. Para isso, Butler adverte que não deveriam coincidir a determinação de um ato legal ou ilegal com o reconhecimento social, “na verdade, o reconhecimento muitas vezes nos obriga a suspender o juízo para podermos apreender o outro” (BUTLER, 2017, p.63). O reconhecimento só é possível de ser feito em meio a sensação coletiva de um estado de vulnerabilidade e precariedade ao qual todos os seres humanos encontram-se sujeitos no momento em que compartilham de um espaço social e político. No entanto, quando uma parcela

da população é radicalmente mais vulnerável a lei que outra e acaba, por tanto, por permear os espaços prisionais, percebe-se que a condição de degradação real do corpo e simbólica das relações éticas passíveis de serem estabelecidas com esse grupo ocupa uma condição ontológica.

De forma que quando a sociedade cristaliza suas concepções sobre todos os sujeitos que se encontram encarcerados, através da lógica de funcionamento binária – amigo/inimigo – percebe-se que ocorre uma ruptura no desejo de interpelar a eles e de ser interpelado por eles. Processo este que fomenta um cenário de guerra no qual inimigos ganham um rosto específico e suas vidas passam a serem geridas não por uma questão de normatividade, lei e culpa, mas a partir de uma questão de delimitação de formas de existência corpóreas. Contexto no qual tendemos a compreender que a violência contra os corpos presidiários assume justificativa ontológica, afinal, “[...] na guerra, a disposição de matar pessoas que estão do lado inimigo não tem sentido normativo, mas apenas existencial [...]” (SCHMITT *apud* HAN, 2017, p.89/90).

Assim, cabe pensar que a dicotomia ontológica naturalizante presente no discurso da guerra que define uns como amigos e outros como inimigos, e no discurso jurídico penal que define uns como culpados e outros como vítimas, ao se entrelaçarem, produzem formas de relação no espaço social e político que não permitem o estabelecimento de um posicionamento ético de reconhecimento do outro e, por tanto, estagnam qualquer possibilidade de transitoriedade dos sujeitos nos discursos sociais, implicando na concepção ontológica que se propôs debater neste trabalho. É importante frisar que com essas compreensões não se está afirmando que os sujeitos não devem ser responsabilizados moralmente e legalmente por seus atos criminosos. No entanto, é urgente problematizar como o Direito Penal se alicerça em uma noção normativa da liberdade que pouco tensiona as condições ontológicas de liberdade de determinados grupos sociais.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conclui-se este trabalho pontuando que, quando Butler propõe pensar a ontologia como modo de domínio que forja a existência e reconhecimento de alguns corpos, ao mesmo tempo em que, pode servir como argumento para alimentar certos discursos que conferem inexistência a outros, acredita-se que tal explanação é de grande valia para se compreender a situação dos corpos encarcerados no Brasil. De forma que, assim como quem está na prisão não está lá, necessariamente, pelo crime, também nos parece verdade que a prisão ocupa um

espaço de ‘fim’ a determinados corpos que ocupam a cena central dos argumentos ontológicos que pretendem naturalizar posturas discursivas binárias – amigo ou inimigo.

Por fim, incita-se a possibilidade de acrescentar um ponto de interrogação ao final do título deste trabalho, transformando-o no seguinte questionamento: será que o reconhecimento de certas ontologias sociais permite um posicionamento ético e político diante do contexto carcerário brasileiro? Afinal, parece que aquilo que a sociedade espera da população seleta que se encontra nos espaços carcerários se perpetua, como uma ontologia, em seus destinos de encarceramento. Como se a prisão, em uma sociedade não mais tão marcada pelos argumentos disciplinares, tivesse mais relação com a necessidade de aprisionar, segmentar e deteriorar certos corpos do que com o fundamento punitivo do crime propriamente dito.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BATISTA, V. M. **Introdução crítica à criminologia brasileira**. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2012.
- BRASIL, Ministério da Justiça e Segurança Pública. **DEPEN: Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias**. Brasília – DF, 2017.
- BUTLER, J. **Quadros de guerra: quando a vida é passível de luto?** 3ª Edição. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2017.
- BUTLER, J. **Relatar a si mesmo: crítica da violência ética**. Belo Horizonte: Autêntica, 2017.
- DEMETRI, F. **Corpos despossuídos: vulnerabilidade em Judith Butler**. Dissertação de Mestrado. Programa de Pós-graduação em Psicologia, Centro de Filosofia e Ciências Humanas, Universidade Federal de Santa Catarina, 2018.
- DÍAZ, E. B. Desconstrução e subversão: Judith Butler. **Sapere Aude**, v. 4, n. 7, 2013, pp. 441-464.
- DUEK-MARQUES, O. H. A culpabilidade e a perspectiva ontológica de liberdade. **Revista Justitia**, v. 64, n. 197, 2007, pp. 65-71.
- FOUCAULT, M. **As palavras e as coisas**. São Paulo: Martins Fontes, 2007. (Originalmente publicado em 1966).
- HAN, B.C. **Topologia da violência**. 2ª Reimpressão. Rio de Janeiro: Editora Vozes, 2017.
- PAVARINI, M. **Castigar al enemigo: criminalidad, exclusión e inseguridad**. Ciudadania y Violencias – Volumen 8. Quito, Ecuador: Crearimagen, 2009.
- PRINS, B.; MEIJER, I.C. Como os corpos se tornam matéria? Entrevista com Judith Butler. **Revista Estudos Feministas**, v. 10, n. 1, 2002.

A PRISÃO DISCIPLINAR DO MILITAR ESTADUAL E OS DIREITOS E GARANTIAS INDIVIDUAIS PREVISTOS NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

IONICE NEVES DA ROCHA¹

PAULO FERNANDO PINHEIRO²

RESUMO: A Constituição Federal de 1988 juntamente com os pactos os quais o país é signatário colocaram os direitos fundamentais no centro da sociedade, começaram a ser reconhecidos e positivados tanto em pactos internacionais quanto pela Carta Magna, trazendo a ideia de igualdade entre os indivíduos. Podemos dizer que todos sem distinção gozam das mesmas prerrogativas, mas há de se observar que há uma certa peculiaridade quando nos referimos a um membro civil e um membro militar. A própria Constituição traz consigo esta diferenciação, o Art. 5º inciso LXIX, informa que ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em seguida traz expressamente que quando se tratar de um caso de transgressão ou crime militar poderá a autoridade competente aplicar a prisão como medida administrativa. Um ordenamento jurídico que prega a privação de liberdade como uma exceção, aceita a prisão administrativa em decorrência de uma transgressão.

Palavras-chave: Prisão, Militar, Lei, Direitos, Conflito.

ABSTRACT: The 1988 Federal Constitution, along the pacts that Brazil is a signatory, placed fundamental rights at the center of society, began to be recognized and affirmed both in international pacts and in the Constitution, bringing the idea of equality between individuals. We can say that everyone without distinction enjoy the same prerogatives, but it should be noted that there is a certain peculiarity when we refer to a civilian member and a military. The

1 Acadêmica de Direito e Soldado da Polícia Militar do Estado do Paraná;

2 Doutorando em Ciências Criminais pela PUCRS e Professor de Direito Processual Penal.

Constitution itself brings this differentiation, there is Article 5, paragraph LXIX, which informs that no one will be arrested except in flagrante delicto or by written and reasoned order of the competent judicial authority, but soon thereafter makes an exception and puts this initial idea in check when it expressly states that in the case of a transgression or military crime, the competent authority may apply imprisonment as an administrative measure.

Keywords: Prison, Military, Law, Rights, Conflict.

1 INTRODUÇÃO

Para chegar ao ponto de discussão sobre o direito militar e os direitos fundamentais que cercam o indivíduo e a falta de aplicabilidade destes quando há um militar envolvido, é necessário que analisemos de maneira breve a trajetória histórica da vida castrense e da concretização os direitos fundamentais no ordenamento jurídico brasileiro.

Os processos evolutivos dos Direitos Humanos se consolidaram com o desenvolvimento da sociedade após inúmeras lutas e momentos históricos, tais como a Revolução Industrial no século XVIII e XIX em que o operário, este compreendido como homens, mulheres e crianças, era forçado a trabalhar inúmeras horas por dia em troca de baixos salários para suprir a ambição de muitos empresários.

Foi através de tantas lutas que os direitos individuais e coletivos passaram a ser concretizados afim de proteger o indivíduo. A Constituição Federal de 1988 atualmente vigente no Estado, consagrou os Direitos Fundamentais dos indivíduos, conferindo a estes uma proteção legislativa e aplicando a igualdade de direitos e deveres entre todos os cidadãos presentes em Território Nacional.

Mas há uma certa restrição aos direitos inerente ao cidadão considerado militar, como forma de demonstrar esta diferenciação, podemos citar a constrição ao direito de liberdade destes indivíduos, em que uma transgressão disciplinar serve como parâmetro para restringir a liberdade destes, ainda que dentro da sede da OPM (Organização Policial Militar) por não estarem livres para sair e voltar quando desejar, e isso se dá por um ato administrativo que caracteriza uma conduta como típica de transgressão disciplinar. Essa atuação surge do conceito e das finalidades do Estado Contemporâneo e da sua inter-relação com a OPM.

2 CONCEITO DE ESTADO

Como a OPM está diretamente ligada à estrutura organizacional do Estado, inicialmente cumpre destacar qual o papel desse Estado e qual a função da OPM para a sociedade atualmente.

Por mais que várias correntes tentem explicar o que é o Estado, quais suas funções finalidade e elementos, corriqueiramente reportam-se às correntes contratualistas em que se destacar Thomas Hobbes, John Locke e Rousseau.

Na concepção hobbesiana, o Estado assume uma função ou finalidade de segurança pública, uma vez que o homem seria mal por natureza (*homo homini lupus*), e as pessoas precisam abrir mão de parcela de sua liberdade em nome da segurança de seus bens jurídicos.

Do liberalismo inglês surge a ideia contratualista de John Locke, que entendia ser o homem bom por natureza, mas a construção de um ente chamado Estado era inerente à propriedade privada, sendo esta todo e qualquer bem jurídico, material ou imaterial, pertencente ao homem.

Por outro lado, a concepção rousseauiana entende que a finalidade do ente chamado Estado é atingir a dita vontade geral.

Dessas concepções contratualistas, retiramos o conceito de bem comum e interesse público, trabalhado no direito administrativo em forma de princípio e sendo um dos pilares do regime jurídico administrativo. (BANDEIRA DE MELLO, 2009)

Mas independente de qual corrente ou conceito sobre Estado prefira se usar, o mister de tal discussão reside no fato de que o ente Estado existe para proteger os bens jurídicos do home; proteger os direitos do ser humano. E uma das principais formas de proteção desses direitos é através das políticas públicas básicas, como a saúde, a educação, a habitação, e, mais intimamente a esse trabalho, a segurança pública, da qual a OPM faz parte.

3 ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA MILITAR

Como já mencionado, o Estado é uma pessoa jurídica de Direito Público que alcança seus objetivos por meio de da administração pública, esta visa o interesse público, é um verdadeiro conjunto de ações realizadas por pessoas e órgãos que a compõe e que são responsáveis pela realização dos objetivos que o Estado almeja e que deve estar voltado para as necessidades da população. Dentro deste

mesmo Estados, há a concentração de um grupo específico de indivíduos, chamados de militares que fazem um controle ético e moral e são responsáveis pela manutenção da paz e da ordem pública para que não haja violações aos limites legais.

Estes militares são regidos pelo direito Militar, também chamado de direito castrense, o qual é o ramo do direito que se dedica à assuntos relacionados com as forças armadas, mas este ramo alcança tanto os militares federais (marinha, exército e aeronáutica) quanto os militares estaduais integrantes das Polícias Militares e dos Corpos de Bombeiros Militares.

Trata-se de uma categoria de funcionários públicos especiais com direitos e prerrogativas diferenciadas, ao mesmo tempo que possuem obrigações diferenciadas “esta peculiaridade exige sacrifícios extremos (a própria vida), o que é mais do que simples risco de serviço das atividades tidas como penosas ou insalubres como um todo. (ASSIS, 2013, p.28).

Todo indivíduo que ingressa na caserna, aprende que a base do direito militar é a hierarquia e disciplina. A vocação militar requer a obediência e a subordinação às determinações de seus superiores. O Art. 14 da Lei 6.880 define esta obediência quando define que “a hierarquia e a disciplina são a base institucional das Forças Armadas. A autoridade e a responsabilidade crescem com o grau hierárquico”.

A lei 6.880 de 09 de Dezembro de 1980, também conhecida como Estatuto dos Militares, define o que é Hierarquia e Disciplina em seu artigo 14, explicando que a hierarquia é a ordenação da autoridade realizada por meio do posto/graduação que este possui dentro do militar. Já a disciplina é a rigorosa observância e o acatamento das leis, regulamentos e normas, emoldando-se ao perfeito cumprimento do dever imposto aos indivíduos pertencentes a este organismo.

A Constituição Federal de 1988 ampliou o conceito de militar trazido pelo artigo 22 do Código Penal Militar de 1969, o qual estabelece:

Art. 22. É considerada militar, para efeito da aplicação deste Código, qualquer pessoa que, em tempo de paz ou de guerra, seja incorporada às forças armadas, para nelas servir em posto, graduação, ou sujeição à disciplina militar. (FIGUEIREDO, 2016, p.136).

Com o advento da Constituição de 1988, o artigo 42 da nova constituição dilatou o conceito trazido pelo Art. 22 do Código Penal Militar e com isso passou a vigorar no âmbito nacional duas espécies de militares, os federais e os estaduais, os quais possuem os mesmos direitos e prerrogativas e ainda os mesmos deveres,

cada um atuando em sua seara específica, e estão sujeitos aos regramentos específicos aplicáveis aos militares e ainda ao ordenamento jurídico comum a todos os demais cidadãos.

Desta forma, entende-se como militar, não apenas os integrantes das Forças Armadas e os civis e reservistas quando incorporados às forças armadas em tempo de guerra, mas também aqueles integrantes das Polícias Militares e Bombeiros Militares conforme prescrevem o art. 42, “os membros das Polícias Militares e Corpos de Bombeiros Militares, as instituições organizadas com base na hierarquia e disciplina, são militares dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios”.

4 ELEMENTOS DO ATO ILÍCITO E PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

No Brasil para conceituar o crime, é adotada a teoria Tripartida, a qual exige a presença de três elementos estruturais. Dessa forma a teoria tripartida, define o crime como um fato típico, antijurídico e culpável, cometido pelo agente através de uma ação ou omissão que se amolda a um modelo legal que proíbe determinada conduta (tipicidade), a qual esteja contrária ao que a lei prevê (antijuridicidade) e sujeita a um juízo de reprovação social que incide diretamente sobre o fato e o autor. Nucci conceitua:

Observa-se, portanto, que a tipicidade, a ilicitude e a culpabilidade, elementos do crime, gravitam em torno do bem jurídico; em razão dele são tecidos tipos penais incriminadores, formando a ilicitude penal; conforme o grau de lesão provocado ao bem jurídico, ingressa-se na avaliação da culpabilidade, tanto na parte concernente à formação do delito, como também no âmbito da aplicação da pena, afinal, bens jurídicos fundamentais demandam penas mais severas. (NUCCI, p.51).

Portando, para que seja afastada a incidência do fato visto como crime, ou este precisa ser atípico, que é quando a conduta não está tipificada em lei, ou se há o enquadramento em uma das hipóteses de exclusão de ilicitude previstas no Art. 23, incisos I, II e III do Código Penal, ou ainda, que seja cabível alguma excludente de culpabilidade, que é quando há o afastamento da culpa daquele que praticou o ato, deixando de ser aplicada a sanção.

Portanto, não há crime se não houver tipicidade, sem que a ação do agente se enquadre em um tipo, isso equivale à anterioridade da lei descrita no artigo 1º do Código Penal “não há crime sem lei anterior que o defina. Não há pena sem prévia cominação legal”.

Se há na lei o tipo penal abstrato, exige-se que esta determine qual a conduta cometida pelo indivíduo e se ela se enquadra no texto trazido como ilícito, assim, Elbert da Cruz Heuseler define que:

Exige-se, portanto, que a própria lei descreva a conduta ilícita, bem como defina qual sanção que lhe corresponde, de modo preciso e seguro, permitindo aos administradores saberem quais os comportamentos que darão lugar à aplicação dessa ou daquela sanção administrativa.

Em sentido estrito, o princípio da legalidade impõe que a conduta ilícita seja descrita de forma clara e precisa em lei. Mas tal descrição não basta; é preciso também que a própria lei defina qual sanção será atribuída a cada figura ilícita.

Para que a tipicidade seja cumprida, a norma deve descrever os elementos essenciais à configuração do ilícito, bem como a sanção que lhe corresponde. (HEUSELER, 2011, p.36).

Os elementos que compõem o crime são importantíssimos para enquadrar a conduta do indivíduo, sem que estes existam em consonância haverá uma arbitrariedade nas decisões aplicadas pelos representantes do Estado, a previsão legal dos atos ilícitos não é suficiente para garantir a inexistência de arbitrariedades do órgão administrativo que aplicará a sanção.

Assim, temos que a falta de previsão da conduta e da penalidade a ser aplicada quando um indivíduo comete uma infração administrativa, poderá por algumas vezes culminar em abuso pela parte julgadora, a qual possui total discricionariedade para decidir qual a pena aplicada ao fato concreto. Nesta linha temos que:

Tal assertiva decorre do fato de que a lei poderia criar figuras ilícitas imprecisas, elásticas, que não permitissem a compreensão prévia de qual a conduta que o legislador quis proibir. Em tais hipóteses, a Administração Pública teria ampla margem para decidir se um determinado comportamento estaria ou não enquadrado na descrição contida na lei, permitindo a aplicação da sanção. (HEUSELER, 2014, p.36).

Nas transgressões disciplinares e sanções militares, tamanha é a discricionariedade do julgador manifestada através de conceitos jurídicos indeterminados e cláusulas gerais, conferindo um livre arbítrio à autoridade julgadora.

No meio em que estão os militares, há uma tipicidade proibitiva da conduta destes, contudo esta tipicidade é muito ampla, genérica para determinar a infração e a sanção a ser aplicada:

Assim, há a constatação de que por muitas vezes esta generalidade das

normas é suficiente para deixar despreocupado o aplicador da sanção, já que a punição por ele imposta se torna discricionária em virtude da amplitude que a lei alcança para ser aplicada a um caso concreto.

Esta discricionariedade tem limite na legalidade, sendo este um princípio constitucional utilizado para determinar que se um crime não estiver descrito na lei, ele não existe, portanto, apenas as normas produzidas de acordo com o devido processo legislativo podem criar obrigações ou direitos. Este princípio surge dos direitos fundamentais, e além de estar disposto na Constituição Federal de 1988, também é encontrado em várias leis infraconstitucionais.

É através deste princípio que se torna possível a criação de deveres e obrigações, impor limites para atuação do Estado e ainda garantir o respeito a direitos inerentes aos cidadãos. Pelo princípio da legalidade, o indivíduo pode fazer tudo aquilo que a lei não proíbe, no artigo 5º da CF, inciso II, encontramos a definição constitucional do princípio da legalidade, o qual menciona que ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei;

Outro princípio importante utilizado na administração pública é o contraditório e a ampla defesa, preceitua que os procedimentos e termos processuais devem passar bilateralmente pela ciência de ambas as partes envolvidas no conflito, sendo proporcionado aos envolvidos a oportunidade de se manifestar utilizando-se de argumentos e contra-argumentos afim de comprovar seu direito e buscar a mais justa decisão. E a ampla defesa se une ao princípio do contraditório, segundo esta, ao indivíduo é permitido utilizar de todos os meios lícitos para provar seu direito. A defesa pode se dividir em defesa técnica, também chama de defesa processual ou específica, que é aquela em que se tem as habilidades de um profissional para atuar em nome da parte litigante, ou na autodefesa, também chamada de defesa material ou genérica, que é aquela em que a própria parte se defende no processo, sem contar com os serviços de um profissional habilitado.

A Constituição Federal de 1988 traz em seu texto, especificamente em seu artigo 5º inciso LV que “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”, e ainda afirmou no inciso LIV do mesmo dispositivo que: “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”, deixando clara a existência destes dois procedimentos para o andamento de qualquer procedimento judicial ou administrativo.

5 DIREITO DISCIPLINAR MILITAR

O artigo 124 da Constituição da República dispõe que “compete à Justiça Militar processar e julgar crimes militares definidos em lei”, essa lei é o Código Penal Militar, e o seu artigo 9º define o que vem a ser crime militar em tempo de paz. O crime militar assim como ocorre em um crime comum, presume a existência de um fato típico, antijurídico e culpável para que o indivíduo seja responsabilizado. Dessa forma, o cometimento de um ato que seja relevante para o direito e que viole um bem jurídico tutelado como a vida, a integridade física de terceiros, a imagem da corporação, será visto como o cometimento de um crime militar, o qual poderá ser punido de acordo com o código penal militar.

Os crimes militares podem ser definidos como propriamente militares que só podem ser cometidos por militares, como crime de violência contra superior, recusa de obediência, deserção, abandono de posto, etc, e os crimes impropriamente militares que podem ser cometidos por qualquer cidadão, independente se é civil ou militar, como os crimes de lesão corporal, homicídio, furto, roubo, entre outros, mas que quando cometidos por militares em certas situações a lei considerará o ato como crime militar. Esta definição é apenas doutrinária, já que a lei não traz expressamente esta distinção.

Como o tema proposto está relacionado às transgressões disciplinares, daremos maior ênfase a este tipo de ato cometido pelo agente, o qual será punido de acordo com a conduta cometida.

Dentro dos órgãos militares há presença dos Regulamentos Disciplinares, os quais servem para controle e manutenção da ordem destes grupos de indivíduos, aplicando a estes disciplina e sanções provenientes de condutas que desvirtuam os padrões exigidos tanto no âmbito das forças armadas militares (marinha, exército e aeronáutica) como no âmbito das polícias militares estaduais.

O Art. 1º do RDE, informa que este tem como finalidade, especificar quais fatos são considerados como transgressão disciplinar “ O Regulamento Disciplinar do Exército (R-4) tem por finalidade especificar as transgressões disciplinares, comportamento militar das praças, recursos e recompensas. (Cunha, 2008, p.11)”.

E conforme o artigo 47 do Estatuto dos Militares – E-1 (Lei 6.880/1980),

Os regulamentos disciplinares das Forças Armadas especificarão e classificarão as contravenções ou transgressões disciplinares e estabelecerão as normas relativas à amplitude e aplicação das penas disciplinares, à classificação do comportamento

militar e à interposição de recursos contra as penas disciplinares”. (FIGUEIREDO, 2016, p.324).

Os militares, ainda que fora de serviço, possuem deveres os quais implicam em sanções caso haja o descumprimento, podendo estas serem definidas como contravenção, crime militar ou transgressão disciplinar .A transgressão é definida pelos regulamentos disciplinares como toda ação ou omissão que seja contrário aos regulamentos disciplinares ou que atinjam a honra, pundonor militar (dever e a obrigação de ser exemplo nas suas ações dentro e fora do serviço) ou o decoro da classe, objetiva a reeducação do militar infrator e o fortalecimento da disciplina âmbito das Forças Armadas.

Portanto contravenção ou transgressão disciplinar pode ser dita como o cometimento de uma conduta a qual não se enquadra como sendo um ato de natureza não tão grave quanto um crime, seria uma contravenção penal, um ato de menor potencial ofensivo que ofenda a ética, ou os deveres e obrigações do indivíduo para com sua instituição militar, e esta violação será punida de acordo com o grau de relevância do ato cometido.

O Regime Disciplinar do Exército em seu Art. 6º define o que seria a honra pessoal, o pundonor militar e o decoro da classe:

Art. 6º Para efeito deste Regulamento deve-se ainda, considerar:

I- honra pessoal: sentimento de dignidade própria, como o apreço e o respeito de que é objeto ou se tornam merecedores os militares, perante seus superiores, pares e subordinados;

II- pundonor militar: dever de o militar pautar a sua conduta como a de um profissional correto. Exige dele, em qualquer ocasião, alto padrão de comportamento ético que reflita no seu desempenho perante a Instituição a que serve e no grau de respeito que lhe é devido; e;

III- decoro da classe: valor moral e social da Instituição. Ele representa o conceito social dos militares que a compõem e não subsiste sem esse. (CUNHA, 2008, p.18).

Sua inobservância pode acarretar na prática de uma transgressão disciplinar, a qual deverá passar por um processo administrativo em que será apurada a autoria e materialidade (elementos fundamentais sem os quais a conduta será considerada atípica) e deverá ser assegurada ao agente a ampla defesa e o contraditório, e o respeito aos direito e garantias fundamentais assegurados a todo cidadão, sob pena de nulidade do ato.

A conduta será considerada típica quando estiver prevista nos regulamentos disciplinares, antijurídica quando for em contrariedade com a norma e culpável quando cometida com dolo (vontade livre e consciente para prática do ato) ou culpa (por negligência, imprudência ou imperícia).

O Decreto 4.346 de 26 de agosto de 2002 (Regulamento Disciplinar do Exército) trouxe novo conceito para as transgressões disciplinares:

Art. 14. Transgressão disciplinar é toda ação praticada pelo militar contrária aos preceitos estatuídos no ordenamento jurídico pátrio ofensiva à ética, aos deveres e às obrigações militares, mesmo na sua manifestação elementar e simples, ou, ainda, que afete a honra pessoal, o pundonor militar e o decoro da classe. (CUNHA, 2008, p.61).

Caso seja verificada a existência de transgressão disciplinar, após o trâmite dos procedimentos de apuração da violação o militar poderá ser punido com a prisão administrativa (detenção ou prisão) a qual deverá ser cumprida em estabelecimento militar. O art. 24 do Regulamento Disciplinar do Exército, Decreto 4.346/2002, traz as gradações das sanções disciplinares a serem aplicadas na apuração e comprovação de transgressões disciplinares militares.

6 PUNIÇÃO DISCIPLINAR E HABEAS CORPUS

O Habeas Corpus é uma ação judicial de natureza constitucional, previsto no Art. 5º LXVIII da Carta Magna e regulado no Capítulo X do Título II do Livro III do Código de Processo Penal.

Trata-se de um remédio constitucional utilizado contra qualquer ilegalidade ou abuso de poder em que haja eminência ou que venha a restringir a liberdade de ir e vir de um indivíduo. O que se busca proteger é a liberdade, a qual é essencial e ainda considerada um direito fundamental. Encontra-se previsto no art.5º, inc. LXVIII, da Constituição Federal, o qual dispõe que “conceder-se-á habeas corpus sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder;”

Mas o art. 142, § 2º da Constituição Federal faz uma ressalva quando este procedimento foi impetrado por um membro militar, nos informando que “não caberá habeas corpus em relação a punições disciplinares militares”.

Por outro lado, o dispositivo constitucional em seu art. 5º inciso XXXV nos deixa claro que “a lei não pode excluir da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça ao direito”, portanto, ao se vedar a concessão do habeas corpus nas

relações de punições disciplinares militares, o que se busca é retirar da apreciação do judiciário os atos punitivos realizados pelas instituições militares.

Fazendo uma análise constitucional podemos verificar que o cabimento do habeas corpus está expresso no artigo 5º da constituição federal, onde se encontram as normas as quais são conhecidas como cláusulas pétreas (enumeradas no art.60 §4º da CF/88 encontramos no rol taxativo os direitos e garantias individuais nos remetendo para o art. 5º da CF/88) as quais não podem ser alteradas em mesmo por proposta de Emenda Constitucional. Considerando que as cláusulas pétreas têm hierarquia sobre as demais, e considerando que o artigo 5º não fez nenhuma ressalva sobre o habeas corpus impetrado por militar, este artigo se sobressai em relação ao art. 142 § 2º da Constituição Federal por se tratar de um direito fundamental e individual, portanto há um conflito entre estas normas, este é entendimento de Rosa ao nos relatar que:

No caso de uma prisão ilegal ou abusiva, desprovida de fundamento para o cerceamento da liberdade, a CF prevê a possibilidade de interposição de habeas corpus, que é uma garantia constitucional, podendo ser pleiteada por qualquer pessoa. O art. 5º, LXVIII, da CF dispõe que, conceder-se-á habeas corpus sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder. Em nenhum momento, o art. 5º, LXVIII, faz qualquer ressalva em relação aos brasileiros naturalizados, estrangeiros ou militares. (ROSA, 2011, p.17).

Através das decisões proferidas pelos Tribunais Superiores há que se entender que em casos em que o militar pode ter sua liberdade constitucional restringida sem que seja observado o devido processo e os requisitos aptos a aplicar uma penalidade legal, este pode sim utilizar o remédio constitucional Habeas Corpus como forma de garantir que seu direito seja respeitado.

A liberdade no Estado brasileiro é a regra e a prisão é a exceção que só pode ser aplicada pela autoridade competente conforme preceitua o artigo 5º da Constituição Federal, contudo o que podemos notar é que os militares integrantes das Forças Armadas e os integrantes das Polícias Militares e Corpos de Bombeiros Militares estão sujeitos a punições disciplinares sempre que praticam uma transgressão disciplinar, podendo sofrer as punições previstas no Regime Disciplinar do Exército.

Ao contrário do que ocorre com o servidor civil, o militar, dependendo do grau da transgressão disciplinar em tese praticada, que compreende de leve a grave, poderá ter o seu jus libertatis cerceado por até 30 (trinta dias). O jus libertatis é um direito elementar do cidadão, tanto que se encontra previsto na Declaração

Universal de Direitos Humanos (ONU), e no Pacto de São José da Costa Rica. Em decorrência dessa importância, ou seja, da relevância do direito a ser tutelado, a administração pública militar somente poderá apenar seu servidor após assegurar a este a ampla defesa e o contraditório. Essa garantia aplica-se tanto aos integrantes das Forças Auxiliares como às Forças Armadas. (ROSA, 2011, p.64).

Inicialmente pensava-se que a Constituição Federal que entrou em vigor em 1988, recepcionou o então vigente Regime Disciplinar do Exército, Lei 90.608/84 de 1984, pois a nova constituição em seu Art. 5º, inciso LXI deixou expresso que há a possibilidade de prisão em casos de transgressão militar ou crime militar, definidos em lei, assim o entendimento era de que o texto constitucional havia recepcionado o RDE como uma lei ordinária, e não como decreto, contudo, com a revogação do Decreto 90.608/84 pelo novo Decreto nº 4.346 de 2002, passou a existir uma discussão a respeito da recepção deste no ordenamento, pois este foi promulgado novamente por decreto do poder executivo, e não por meio de lei ordinária.

Analisando um acórdão da 8ª turma do TRF-4 o qual deferiu um Habeas Corpus defendendo que as sanções de detenção e prisão disciplinar só podem ser válidas através de *stricto sensu* (ou seja, em sentido restrito, literalmente, em sentido específico) do art.5º LXI da CF, entendendo que houve a ocorrência de inconstitucionalidade no novo Decreto nº 4.346/2002 (Regime Disciplinar do Exército), o Supremo Tribunal Federal reconheceu a existência de repercussão geral no Recurso Extraordinário 603116 interposto para discutir se o artigo 47 da Lei 6.880/80, também conhecido como Estatuto dos Militares o qual prevê que “os regulamentos disciplinares das Forças Armadas especificarão e classificarão as contravenções ou transgressões disciplinares e estabelecerão as normas relativas à amplitude e aplicação das penas disciplinares, à classificação do comportamento militar e à interposição de recursos contra as penas disciplinares” foi recepcionado pela Constituição Federal de 1988.

Através da análise o Senhor Ministro Marco Aurélio entendeu que a expressão “definidos em lei” só se refere aos crimes militares, dessa forma votou pela improcedência do pedido.

Já o Ministro Gilmar Mendes teve seu voto no sentido do não conhecimento da ação, entendendo que o requerente não demonstrou no mérito as violações contidas no Decreto que instituiu o novo Regulamento Disciplinar do Exército. Pela análise do STF:

EMENTA: Ação Direta de Inconstitucionalidade contra o Decreto no 4.346/2002

e seu Anexo I, que estabelecem o Regulamento Disciplinar do Exército Brasileiro e versam sobre as transgressões disciplinares. 2. Alegada violação ao art. 5o, LXI, da Constituição Federal. 3. Voto vencido (Rel. Min. Marco Aurélio): a expressão (“definidos em lei”) contida no art. 5o, LXI, refere-se propriamente a crimes militares. 4. A Lei no 6.880/1980 que dispõe sobre o Estatuto dos Militares, no seu art. 47, delegou ao Chefe do Poder Executivo a competência para regulamentar transgressões militares. Lei recepcionada pela Constituição Federal de 1988. Improcedência da presente ação. 5. Voto vencedor (divergência iniciada pelo Min. Gilmar Mendes): cabe ao requerente demonstrar, no mérito, cada um dos casos de violação. Incabível a análise tão-somente do vício formal alegado a partir da formulação vaga contida na ADI. 6. Ausência de exatidão na formulação da ADI quanto às disposições e normas violadoras deste regime de reserva legal estrita. 7. Dada a ausência de indicação pelo decreto e, sobretudo, pelo Anexo, penalidade específica para as transgressões (a serem graduadas, no caso concreto) não é possível cotejar eventuais vícios de constitucionalidade com relação a cada uma de suas disposições. Ainda que as infrações estivessem enunciadas na lei, estas deveriam ser devidamente atacadas na inicial. 8. Não conhecimento da ADI na forma do artigo 3º da Lei no 9.868/1999. 9. Ação Direta de Inconstitucionalidade não-conhecida.

(ADI 3340, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Relator(a) p/ Acórdão: Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 03/11/2005, DJ 09-03-2007 PP-00025 EMENT VOL-02267-01 PP-00089)

No acórdão proferido pelo TRF-4 o entendimento foi de que as sanções de detenção e prisão disciplinar somente poderiam ser definidas através de lei *stricto sensu*, em conformidade ao que dispõe o artigo 5º inciso LXI da CF/88, pelo princípio da reserva legal, portanto a promulgação de restrições ao poder de locomoção não poderia ser definidas por meio de decreto do poder executivo, por se tratar de um direito fundamental, consagrado como cláusula pétrea. A promulgação do Decreto pelo Presidente da República teria viciado a validade desta norma, não podendo esta ser recepcionada pela Constituição.

EMENTA: PENAL. HABEAS CORPUS. PRISÃO DISCIPLINAR MILITAR. NÃO-RECEPÇÃO PELA MAGNA CARTA DO ART. 47 DA LEI 6.880/80. PRECEDENTES. Consoante recente jurisprudência desta Corte, o artigo 47 da Lei 6.880/80 não foi recepcionado pela Constituição Federal, mostrando-se com ela incompatível, pois quando delegou competência ao regulamento para estabelecer as transgressões disciplinares e respectivas penas privativas de liberdade (prisão e detenção: incidiu em manifesta contrariedade ao inciso LXI do artigo 5º da CF. (TRF4, RSE 2004.71.02.005966-6, OITAVA TURMA, Relator ÉLCIO PINHEIRO DE CASTRO, DJ 04/10/2006).

O Relator Des. Federal Elcio Pinheiro de Castro em seu voto, manteve

a sentença monocrática do julgador a quo, declarando a invalidade da pena de prisão disciplinar imposta ao impetrante do Habeas Corpus, tendo em conta a inconstitucionalidade do Decreto Presencial nº 4.346/2002 e a não recepção do Art. 47 da Lei 6.880/80 pela Constituição Federal.

A decisão foi fundamentada principalmente na inconstitucionalidade do Decreto nº 4.346/2002, uma vez que, um decreto não cria direitos nem obrigações, conforme o Art. 5º, II da CF ”ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”. Aqui o artigo é claro em deixar restrito a obrigatoriedade de fazer ou deixar de fazer desde que tal imposição esteja expressa na legislação, e não por meio de Decreto Executivo, o qual não possui as mesmas solenidades para sua criação como uma lei em específico.

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O tema tratado neste trabalho, é de extrema importância, pois se trata de um assunto pouco vislumbrado doutrinariamente, sendo raros os autores que se dedicam ao estudo das instituições militares, deixando no esquecimento um ramo do direito que trata muito além de uma profissão pública, trata de assuntos pertinente a direitos individuais que a Constituição garante aos seus cidadãos, mas que em muitas vezes não são respeitados.

Os militares incorporados às Forças Armadas do Brasil, formada pela Marinha, Exército e Aeronáutica, são consideradas forças federais, por força do artigo 142 da CF/88, subordinadas ao Ministério da Defesa, e seu comandante hierarquicamente superior é o Presidente da República. As Forças Armadas têm como função primordial, zelar pela defesa da Pátria, resguardando a segurança de todo o Território Nacional.

Já as Polícias Militares e os Corpos de Bombeiros Militares, formados pelas polícias dos Estados e do Distrito Federal, são subordinadas ao Governador do Estado e consideradas como forças auxiliares e reserva do Exército Brasileiro por conta do artigo 144 § 6º da CF/88, isso significa que em caso de decretação do estado de emergência, estado de sítio ou ainda em virtude de guerra, estes os policiais militares podem ser recrutados pelo Exército para que exerçam funções auxiliares referentes à área da segurança pública. Estas forças públicas estaduais de segurança têm sua função constitucional positivada, sendo o principal objetivo destas instituições zelar pela proteção do cidadão, da sociedade e dos bens públicos e privados, diminuindo conflitos e coibindo a ocorrência de ilícitos através do policiamento ostensivo fardado, dando à população a sensação de segurança.

Qualquer que seja o âmbito militar em que o indivíduo esteja inserido, este estará subordinado e em algum momento poderá ter seus direitos individuais restringidos em decorrência da sua função de garantir a segurança dos integrantes da sociedade, ou ainda em virtude da hierarquia e da disciplina ou por vontade de um superior que goza de poder discricionário para emanar ordens, aplicar sanções que ele próprio julgar cabível, por pura oportunidade e conveniência muitas vezes arbitrárias, aos seus subordinados.

O tema proposto busca alinhar o contexto para levar o leitor à finalidade proposta, qual seja ela, demonstrar que o militar é tratado de maneira diferenciada dos demais membros da sociedade, podendo ter sua liberdade restrita em virtude de uma transgressão disciplinar que atinja o Regulamento Disciplinar a ele imposto, sem que cada conduta cometida esteja de fato tipificada em lei, nem mesmo no regulamento, estando apenas de maneira genérica como já mencionado no artigo 14 do RDE e em seu anexo I, sem que haja uma fundamentação legal, taxativa e específica sobre o que o decoro da classe, a ética e o pundonor militar restringe, não deixando de uma forma tão abstrata um conceito que pode ter entendimento diferenciado a cada pessoa.

A respeito disso, conforme já vislumbrado, está em discussão desde o ano de 2009 um Recurso Extraordinário no Supremo Tribunal Federal para analisar a inconstitucionalidade do Regulamento Disciplinar do Exército, Decreto 4.346/2002, uma vez que este fere o disposto na Constituição Federal, a qual apresenta o Artigo 5º como um dispositivo de hierarquia superior em relação às demais normas, e portanto deve ser observada, pois este dispositivo traz a liberdade como uma de suas cláusulas pétreas, as quais não são passíveis nem mesmo por meio de Emenda Constitucional, se o Decreto 90608 de 1988 foi recepcionado pelo Constituição Federal de 1988, este passaria a ter validade de lei ordinária, não podendo um Decreto posterior (4.346/2002) revogar lei ordinária, além do mais, a decretação da restrição de liberdade por qualquer dispositivo infra constitucional fere a disposição do artigo 5º caput da CF/88, pois no caso explorado trata-se muito mais do que uma simples regulamentação, refere-se ao direito de liberdade de locomoção do militar estadual nos casos de transgressão disciplinar.

Abre-se um grande questionamento em relação ao Estado Democrático de Direito, iniciamos analisando que a Carta Magna datada de 1988 foi a primeira Carta escrita após o regime militar, em virtude disso ficou conhecida como “Constituição Cidadã”, e segundo o que ela pretendia era instaurar a “democracia” em todo Território Nacional.

A democracia exige a igualdade entre os indivíduos, a liberdade de expressão, pensamento, locomoção e ainda a garantia de proteção dos direitos individuais, coletivos e sociais, assim sendo, em que Estado os militares estão vivendo? Será que a democracia que emana do povo, não é válida para o grupo que decidiu servir a Pátria sacrificando a própria vida em prol do bem comum? Será que não são dignos de possuir os mesmos direitos fundamentais que a Constituição sem restrições garante ao seu povo?

É necessário que o militar seja visto como um cidadão, que apresenta como os demais os mesmos direitos fundamentais e que necessita que estes sejam respeitados, de modo que não seja um regulamento disciplinar baseado em transgressão de cunho administrativo que venha reprimir sua liberdade de ir e vir.

REFERÊNCIAS

- ABREU, Jorge Luiz Nogueira de. **Direito Administrativo Militar**. São Paulo: Método, 2010.
- ASSIS, Jorge César de. **Curso de Direito Disciplinar Militar**, Da Simples Transgressão ao Processo Administrativo. rev. Amp. e Atual. 4ª. ed. Curitiba: Juruá, 2013.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 26.ed. São Paulo, Malheiros Editores, 2009.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**: Parte Geral 1. 24ª. ed. ver. ampl. e atual. São Paulo. Saraiva Educação, 2018.
- BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política**, 10ª.ed.rev e ampl. São Paulo: Malheiros Editores, 2003.
- CUNHA, Irineu Ozires. **Regulamento Disciplinar do Exército**: Parte Geral Decreto 4.346. 2ª.ed. Curitiba, AVM Publicações Técnicas, 2008.
- FIGUEIREDO, Ricardo Vergueiro. **Código Penal Militar e Código de Processo Penal Militar**. 14ª. ed. São Paulo: Rideel. 2016.
- GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. **Direito Penal**, Parte Geral. 20ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.
- GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**: Parte Geral. Artigos 1º ao 120 do Código Penal. 19ª. ed. rev. amp. e atua. Rio de Janeiro: Impetus. 2017.
- HACK, Erico. **Direito Administrativo e Direito Tributário**. 2ª. ed. rev. atual. e ampl. Curitiba: Ibpex, 2008.
- HEUSELER, Elbert da Cruz, **Processo Administrativo Disciplinar Comum e Militar**: à luz dos Princípios Constitucionais e da Lei n. 9.784 de 1999. 2ª.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.
- LOCKE, John. **Pensadores**. 3ª.ed. São Paulo: Abril Cultural. 1983.
- MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 13ª.ed. São Paulo: Atlas. 2003.
- Nucci, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal**. 10. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2014.
- ROSA, Marcio Fernando Elias. **Direito Administrativo**. 12ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- ROSA, Marcio Fernando Elias. **Direito Administrativo**. 5ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

ROSA, Paulo Tadeu Rodrigues. **Direito Administrativo: Teoria e Prática**. 4ª.ed.rev.amp. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juri, 2011.

ROSA, Paulo Tadeu Rodrigues. **Processo Administrativo Disciplinar Militar**: Forças Militares Estaduais e Forças Armadas- Aspectos Legais e Constitucionais. 2ª.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juri, 2009.

ROSSEAU, Jean- Jacques, **O Contrato Social**: ou os Princípios do direito político. 1ª.ed.São Paulo: Escala Educacional, 2006.

SENADO FEDERAL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Secretaria de Editoração e Publicações. Brasília. 2014.

STRECK, Lenio Luiz/ MORAIS, Jose Luiz Bolzan de. **Ciência Política e Teoria do Estado**. 8ª.ed.rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

ZANON JUNIOR, Orlando Luiz. **Direito Constitucional**: vol.2.Florianópolis: Conceito Editorial, 2008.

A REMIÇÃO PELA LEITURA SOB A ÉGIDE DA LEI DE EXECUÇÃO PENAL

Cynthia Padilha¹

Maiara Sarnovski²

Marcus Vinicius da Silva Ferreira³

Andréa Flores⁴

Resumo: Considerando o aumento da população carcerária brasileira, nota-se que a busca por métodos eficazes de ressocialização dos encarcerados se reveste de grande urgência. Um dos instrumentos legais criados com tal finalidade é o instituto da remição penal, o qual está previsto na Lei de Execução Penal e intenta abreviar a pena do reeducando de acordo com o esforço empregado na realização de atividades laborais ou educacionais. Dentre elas, destaca-se a remição através da leitura, que hodiernamente enfrenta obstáculos no tocante à sua implementação, visto que muitas prisões brasileiras não possuem estrutura suficiente para tal. Neste contexto, após se proceder a uma minuciosa análise bibliográfica em doutrinas, jurisprudências e artigos científicos, objetiva-se com a presente pesquisa, analisar os fatores que interferem na aplicação desta medida no âmbito carcerário e as consequências de sua efetivação na pena dos detentos-leitores do sistema prisional brasileiro.

Palavras-chave: Lei de Execução Penal, Leitura, Remição Penal.

1 Graduada do curso de Direito da Universidade Católica Dom Bosco (UCDB). Campo Grande- MS. Email: cyn_padilha2015@outlook.com.

2 Graduada do curso de Direito da Universidade Católica Dom Bosco (UCDB). Campo Grande- MS. Email: ma.iara.98@hotmail.com.

3 Graduando do curso de Direito da Universidade Católica Dom Bosco (UCDB). Campo Grande- MS. Email: marcviniciusf@gmail.com.

4 Doutora em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (2008). Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (2000). Graduada em Direito pela Universidade Católica Dom Bosco (1994). Graduada em letras – habilitação em inglês pela Universidade Federal de Mato Grosso do Sul (1994). Docente do curso de Direito da Universidade Católica Dom Bosco (UCDB) e da Universidade Federal de Mato Grosso do Sul. Campo Grande- MS. E-mail: andreaflres.adv@gmail.com.

THE REMISSION BY READING UNDER THE AEGIS OF THE CRIMINAL ENFORCEMENT LAW

Abstract: Considering the increase in the Brazilian prison population, it is noted that the search for effective methods of resocialization of incarcerated is of great urgency. One of the legal instruments created for this purpose is the institute of criminal remission, which is provided for in the Criminal Enforcement Law and seeks to shorten the sentence of the re-educating according to the effort employed in performing work or educational activities. Among them, we highlight the remission through reading, which today faces obstacles in relation to its implementation, since many Brazilian prisons do not have sufficient structure for this. In this context, after a thorough bibliographic analysis is carried out in doctrines, jurisprudence and scientific articles, the objective of this research is to analyze the factors that interfere in the application of this measure in the prison field and the consequences of its effectiveness in the penalty of inmates-readers of the Brazilian prison system.

Keywords: Criminal Execution Law, Reading, Criminal Remission.

1 INTRODUÇÃO

Vivemos em um período marcado pelo aumento da população carcerária brasileira, onde a busca por métodos eficazes de reinserção social dos encarcerados se reveste de grande urgência. Ao passo que a superlotação dos presídios brasileiros desafia preceitos legais e morais ao infringir direitos e garantias constitucionais, como o Princípio da Dignidade Humana, algumas iniciativas públicas surgem com o fito de promover a remição de pena através de medidas ressocializadoras que buscam facilitar o retorno dos apenados ao convívio social.

Dentre elas, destaca-se a remição de pena por meio da leitura, que vem como uma inovação frente às espécies de remição através do trabalho ou estudo, as quais estão previstas na Lei nº 7.210 de 1984 - Lei de Execução Penal e garantem ao condenado o direito ao desconto de dias pena pelo trabalho empregado ou horas estudadas, se realizar a atividade corretamente observando os requisitos legais. Ressalta-se, que em que pese a remição por leitura integrar implicitamente a remição através do estudo, tal instituto possui regras próprias e regulamentadas

com o objetivo de evidenciar a prática da leitura como mecanismo ressocializador.

Observa-se que cada estado brasileiro regulamentou o processo de remição de uma maneira, através de Portarias e Resoluções, adequando seu funcionamento às particularidades do local. Contudo, alguns desafios são observados no tocante à implementação da remição por meio da leitura na maior parte dos estabelecimentos prisionais, sobretudo no que diz respeito à falta de estrutura adequada e profissionais especializados para a realização do projeto.

Diante disso, vislumbra-se a relevância da presente pesquisa acadêmica, cujo cerne será a análise da efetivação da remição penal pela leitura como mecanismo de reinserção social e como direito assegurado aos apenados na Lei de Execução Penal, bem como o estudo acerca dos efeitos positivos da prática literária na realidade prisional brasileira quando disponibilizados meios para sua efetivação.

2 INSTITUTO DA REMIÇÃO PENAL

Tem-se por remição a realização de um trabalho ou estudo feito pelo preso que enseja o desconto de sua pena. Nesse âmbito, por remição entende-se o estímulo ao trabalho e à educação nos presídios, provocando uma antecipação no cumprimento da pena fixada na sentença penal condenatória, contribuindo para a educação e para a profissionalização do preso (NUNES, 2016).

É imperioso salientar que tal instituto não anseia uma mera compensação do trabalho ou estudo do encarcerado em face de sua pena, ambas as atividades executadas possuem caráter ressocializador, ou seja, busca-se por meio delas uma melhor inserção desses indivíduos no meio social após sua saída dos presídios. Conforme pontua Mirabete (2004), trata-se de um meio de abreviar ou extinguir parte da pena, oferecendo ao preso um estímulo para corrigir-se, abreviando o tempo de cumprimento da sanção para que possa passar ao regime de liberdade condicional ou à liberdade definitiva.

Não obstante, Cavalcante (2016) aduz que no Brasil, com a reforma do Código Penal, em 1984, a remição foi incorporada, inicialmente, na modalidade trabalho, visto que o trabalho mostrou-se como um dos meios mais eficazes na recuperação dos apenados.

Tal diminuição, por assim dizer, possui contagem específica sendo regulada na Lei de Execução Penal que, por sua vez, determina de maneira taxativa o

computo a ser realizado, destarte o artigo 126 da LEP, prevê:

Art. 126. O condenado que cumpre a pena em regime fechado ou semiaberto poderá remir, por trabalho ou por estudo, parte do tempo de execução da pena.

§ 1º A contagem de tempo referida no caput será feita à razão de:

I – 1 (um) dia de pena a cada 12 (doze) horas de frequência escolar – atividade de ensino fundamental, médio, inclusive profissionalizante, ou superior, ou ainda de requalificação profissional – divididas, no mínimo, em 3 (três) dias;

II – 1 (um) dia de pena a cada 3 (três) dias de trabalho. (BRASIL, 1984).

Vale-se destacar que o legislador se preocupou em flexibilizar o exercício de tais funções de modo que, o apenado possa conciliá-los sem sofrer prejuízo algum, por conseguinte nota-se a preservação das garantias do preso e o pleno gozo de remição de pena mediante o trabalho e o estudo.

2.1 ESPÉCIES DE REMIÇÃO NO BRASIL

Como supracitado, o texto de lei que regimenta a remição de pena no Brasil é a Lei de Execução Penal – LEP, esta estabelece a verificação da remição a partir de duas modalidades: o trabalho e o estudo. Entretanto, inicialmente apenas se reconhecia a remição pelo trabalho, ficando o estudo excluído. Nos ensinamentos de Nunes (2016):

Originalmente, a Lei de Execução Penal só contemplava a remição pelo trabalho. Com a Lei Federal 12.433, de 2011, houve a introdução da remição pelo estudo. A Súmula 341 do Superior Tribunal de Justiça desde 1997 já autorizava a remição pelo estudo, embora o benefício só pudesse ser concretizado para os condenados em regime fechado e semiaberto e em relação a cursos formais.

Nota-se, portanto, a necessidade de elucidação de ambos os meios de remição, a se iniciar pelo trabalho, modalidade esta que dispõe o capítulo III da lei, e que em seu artigo 28 se refere ao trabalho do condenado, como dever social e condição de dignidade humana, terá finalidade educativa e produtiva.

Outrossim, se tratando o trabalho de um direito social, são exigidas condutas para com o preso semelhantes as previstas na Consolidação das Leis Trabalhistas, de acordo com Brito (2018): “A execução da atividade laboral deve ter caráter formal e regular, com controle de horário, continuidade diária e pagamento de salário. O estabelecimento que acolher o preso durante seu horário de trabalho deverá manter um registro detalhado da entrada, saída e atividade exercida, bem como dos dias trabalhados.”

Já em relação ao estudo, tem-se a remição através dele como algo posterior ao trabalho, pois o estudo somente adentra o rol da remição após ampla discussão do STF que resultou na súmula 341, que preconiza: “a frequência a curso de ensino formal é causa de remição de parte do tempo de execução de pena sob regime fechado ou semiaberto.”

Passando por desdobramentos, a remição pelo estudo encontra-se em desenvolvimento constante, não se trata apenas de frequentar aulas, etc. Aqui, o principal objetivo é o de educar visando a ressocialização do preso, como preconiza Nunes (2016):

No que tange à remição pelo estudo, observe-se que a visão da Lei 12.433/2011, na época da sua aprovação, era de uma remição pelo estudo, com base na frequência escolar, desde que advinda da atividade de ensino fundamental, médio, profissionalizante, superior e de requalificação profissional. A jurisprudência dos nossos tribunais, porém, tem assegurado a remição pela educação, significando que qualquer atividade educativa pode ensejar o deferimento do benefício, e não apenas as atividades regulares de ensino. Uma obra literária lida pelo preso pode ser causa da remição pela educação, sem dúvida.

Dentre a ampliação citada, a leitura como forma de remição, elucida as propostas e deveres de tal instituto para com os apenados.

2.2 REMIÇÃO POR MEIO DA LEITURA

Em que pese a remição pelo estudo ser aceita pela lei, outro fator vinha ganhando notoriedade nesta matéria: a viabilidade da leitura se enquadrar como fator de cômputo. Os legisladores mantiveram-se inertes até o surgimento da Lei Estadual nº 17.329/2012 do Paraná, criada como suporte ao artigo 126 da LEP. No citado texto de lei entende-se que a palavra “estudo” se faz intrinsecamente ligada à leitura, de modo que este seria um meio de se exercer aquele. Ainda nas palavras de Nunes, a remição pelo estudo transformou-se em remição pela educação, atingindo qualquer atividade educativa praticada pelo preso, desde que com aproveitamento (NUNES, 2016).

O advento da remição pela leitura no estado do Paraná obteve tamanha repercussão que, tornou-se inevitável às autoridades públicas sua utilização. Foi então, neste contexto, que o Conselho Nacional de Justiça – CNJ editou a recomendação de número 44 que dispõe sobre atividades educacionais complementares para fins de remição da pena pelo estudo e estabelece critérios para a admissão pela leitura, para tanto, extrai-se do site do conselho, que:

Deve ser estimulada a remição pela leitura como forma de atividade complementar, especialmente para apenados aos quais não sejam assegurados os direitos ao trabalho, educação e qualificação profissional. Para isso, há necessidade de elaboração de um projeto por parte da autoridade penitenciária estadual ou federal visando a remição pela leitura, assegurando, entre outros critérios, que a participação do preso seja voluntária e que exista um acervo de livros dentro da unidade penitenciária. Segundo a norma, o preso deve ter o prazo de 22 a 30 dias para a leitura de uma obra, apresentando ao final do período uma resenha a respeito do assunto, que deverá ser avaliada pela comissão organizadora do projeto. Cada obra lida possibilita a remição de quatro dias de pena, com o limite de doze obras por ano, ou seja, no máximo 48 dias de remição por leitura a cada doze meses. (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, ON-LINE).

A partir de tal feito, a remição pela leitura ganhou incentivo a nível nacional, fazendo com que diversos estados, de maneira tímida, porém constante, instituíam esta prática em seus presídios fazendo com que os apenas tenham acesso a livros e conteúdos didáticos de modo a interferirem de maneira positiva na ressocialização destes presos e impulsionar a diminuição do analfabetismo funcional no país.

2.3 BENEFÍCIOS DA LEITURA PARA O ENCARCERADO

Tendo em vista que o âmbito carcerário representa o auge da segregação social de um indivíduo, a prática literária é de suma importância para estimular a aquisição de novos conhecimentos e promover no interno a percepção acerca das transformações que decorrem da prática da leitura e da escrita. Portanto, sob um aspecto literário, o detento se liberta, embora encarcerado, e passa a permanecer distante da realidade prisional mesmo que por poucos instantes.

Dessa forma:

Às intenções da linguagem escrita cabe cumprir o papel, entre outros, de transformar a pessoa em leitor consciente na medida em que ele exerce a atividade de ler de maneira produtiva (ao produzir conhecimento adquirido) e reveladora (ao revelar informações culturais, sociais, políticas etc. então desconhecidos); na medida em que, mais que a obra, ele lê, por meio dela, o(s) mundo(s) do autor e dele próprio, leitor. [...]. (TINOCO, 2015).

Com base nisso, a remissão pela leitura traz à baila uma proposta inovadora onde os internos dos estabelecimentos prisionais terão acesso a um acervo de obras literárias que contêm em suas páginas um mundo inexplorado de histórias e trajetórias capazes de quebrar os obstáculos educacionais impostos pelos

próprios detentos, além da garantia que ao final de cada viagem literária, a pena restante será diminuída após a elaboração de uma resenha sobre a obra.

3 IMPLEMENTAÇÃO DA REMIÇÃO POR LEITURA NOS ESTABELECIMENTOS PRISIONAIS

Em que pese o ambiente carcerário mal estruturado dos presídios brasileiros e as más condições técnicas e físicas que assolam o âmbito prisional de maneira geral, a remição de pena pela leitura é uma realidade não apenas cabível, como possível sob o aspecto estrutural, visto que já vem sendo implantada nas unidades prisionais de grande parte dos estados brasileiros através de projetos locais, geralmente desenvolvidos pela Agência Estadual de Administração do Sistema Penitenciário (AGEPEN) em parceria com instituições particulares, professores e acadêmicos.

No âmbito do estado de Mato Grosso do Sul, após assistirem uma oficina que trata da remição pela leitura, os internos que tiverem interesse poderão integrar voluntariamente o projeto, situação em que receberão um livro que deverão ler em trinta dias. Ao final do prazo de leitura, os reeducandos elaborarão, na presença de professores e acadêmicos, uma resenha da obra no tempo máximo de cinquenta minutos. Ato contínuo, ao concluir a resenha, o detento é liberado e recebe uma nova obra para a leitura.

Em continuidade, as resenhas produzidas pelos internos serão corrigidas pelos professores e acadêmicos integrantes do projeto por meio de uma tabela de pontuação, que definirá preliminarmente a nota do reeducando, sendo necessária uma pontuação igual ou superior a 6,0 (seis) para gerar o direito a remição. Posteriormente, uma comissão formada por integrantes do projeto e servidores da AGEPEN homologa a resenha produzida e a nota atribuída, encaminhando a homologação para o magistrado da Vara de Execução Penal de Campo Grande, o qual efetivará a remição da pena, realizando o desconto.

Em observância ao processo de remição por leitura em outros estados da federação, nota-se que alguns fatores mudam de acordo com as particularidades do local, de acordo com a estrutura do ambiente carcerário, integrantes efetivos do projeto e o número de detentos. Contudo, em que pese tais divergências, um objetivo em comum a ser alcançado é facilmente observado, evidenciando a tentativa dos estados em garantir aos detentos de suas unidades prisionais, o direito de remir a pena através da leitura de obras literárias.

4 DESAFIOS DA APLICAÇÃO DA REMIÇÃO POR LEITURA NO BRASIL

A Constituição Federal de 1988 em seu artigo 6º, dispõe: “São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição. [...]”. (BRASIL, 1988). Tal previsão não exclui os encarcerados, principalmente no tocante ao acesso a educação no âmbito prisional, que cada vez mais está sendo aprimorada de modo a facilitar o retorno dos apenados ao convívio em sociedade.

No que tange à remição através da leitura, vê-se que a implementação deste instituto demanda a necessidade de adequação estrutural e profissional dos estabelecimentos prisionais, de modo a garantir sua eficácia no tocante à ressocialização e remição penal através da leitura. Nesse sentido, a Lei de Execução Penal em seu artigo 21 determina que: “Em atendimento às condições locais, dotar-se-á cada estabelecimento de uma biblioteca, para uso de todas as categorias de reclusos, provida de livros instrutivos, recreativos e didáticos [...]”. (BRASIL, 1984).

Contudo, sabemos que a realidade carcerária brasileira é bem diferente, já que raros são os estabelecimentos prisionais que dispõe de um espaço para que os detentos possam estudar. Mais raros ainda, são aqueles que possuem bibliotecas com acervos bons e adequados para o desenvolvimento do projeto.

Ademais, além da dificuldade em aprimorar os métodos de aprendizagem num ambiente carcerário decadente, é preciso enfrentar os obstáculos pessoais dos encarcerados que optam por não participar de tais métodos por acreditarem que a educação na prisão é uma mera atividade improdutiva.

Nessa perspectiva, ensina Marc de Maeyer:

Isso significa que a educação é também um processo cultural que se auto alimenta. Quanto mais nos interessamos pelas coisas, mais estudamos, seja para a vida profissional ou para o simples prazer. Para alguns, a educação permanente é realmente um prazer. Só aceitamos nos inscrever em novos processos de aprendizagem porque os precedentes foram bem-sucedidos, trouxeram o que procurávamos. Ninguém cultiva a nostalgia pelo fracasso. É também o caso na prisão. [...]. (DE MAEYER, 2013).

O cerne do problema reside quando tratamos da maioria dos encarcerados, os quais possuem direitos assegurados pela Lei de Execução Penal, mas não os possuem de fato na prática, já que o Estado não disponibilizou até o presente momento estrutura suficiente para que se possa cumprir as disposições da Lei de

Execução Penal, a qual, na prática se tornou uma inegável utopia.

Assim, conclui-se que o direito à remição de pena previsto no artigo 127 da LEP se enquadra nos inúmeros casos de direito dos detentos que permanece na só na teoria, uma vez que os estabelecimentos prisionais não estão adaptados às medidas legais de remição, deixando ociosa a maioria dos presos por falta de condições para a realização da leitura. Portanto, não disponibilizados os meios necessários pelo poder público para viabilizar a remição de pena através da leitura, tal direito se torna inexistente.

Nesse sentido, a modernização do instituto da remição penal e o aprimoramento da educação no sistema carcerário brasileiro se demonstram imprescindíveis para ocorra um avanço nas metodologias de remição de pena e uma futura diminuição populacional nos estabelecimentos prisionais brasileiros.

5 ALTERNATIVAS EM PROL DO INSTITUTO DA REMIÇÃO POR LEITURA

Como visto no tópico anterior, diversos são os problemas relacionados à aplicação desse Instituto no Brasil, no entanto, é possível solucioná-los a partir da atuação do Estado ao realizar Políticas Públicas efetivas de implementação de espaços de leituras e bibliotecas nos estabelecimentos prisionais, de modo a aumentar a quantidade de obras disponíveis para leitura, bem como potencializar o sentimento de liberdade e lazer dos detentos-leitores.

Do mesmo modo, importante a percepção da necessidade de obras literárias de fácil compreensão, haja vista que a maior parte dos detentos hoje não possui alfabetização completa, dificultando a participação no programa e o entendimento da importância da leitura e estudo não só na prisão, mas também para a vida em sociedade e crescimento pessoal.

Outrossim, importante ressaltar a possibilidade de ações de extensão envolvendo acadêmicos dos cursos de Direito e Letras/Literatura, de modo que estes, por meio de projetos acadêmicos possam auxiliar no desenvolvimento das etapas que envolvem a remição por leitura, como acompanhamento dos apenados enquanto leem as obras, auxílio na elaboração e correção das resenhas e realização de rodas de leitura como forma de incentivo ao estudo/leitura e socialização, por meio de debates e questionamentos sobre as obras lidas.

Por fim, superado estes pontos, é evidente a maior humanização dos presídios, de forma com que o tempo ocioso e o ambiente hostil sejam deixados de

lado por alguns momentos para que a leitura e educação possam fazer o seu papel de humanizar, possibilitar reflexões, bem como fazer se sentirem livres aqueles que têm a leitura como única esperança de poder retornar a vida em sociedade.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ante todo o exposto, após se proceder a análise das normas vigentes, doutrinas, jurisprudências e artigos científicos, nota-se que hodiernamente o direito à remição por meio da leitura assegurado aos detentos brasileiros não está sendo consagrado para grande parte deles, por conta da falta de estrutura e profissionais adequados, além da ausência de meios para o desenvolvimento do projeto, tornando tal direito inexistente, evidenciando o descaso do poder público em exercer aquilo que está previsto em lei.

Assim, verificou-se que novas iniciativas estatais de reestruturação e incentivo se mostram imprescindíveis para incentivar os detentos na prática da leitura e da escrita como fonte de conhecimento capaz de mudar a realidade a eles imposta, de modo a ampliar a percepção que possuem acerca de sua condição e dos motivos que os levaram a estar, temporariamente, em tais circunstâncias.

Evidencia-se, portanto, a necessidade de tratar deste assunto no âmbito científico, de modo a demonstrar a importância da problemática em comento, para que se busquem soluções eficazes através da intervenção da população na atuação estatal a fim de fiscalizar o cumprimento das normas vigentes e garantir a efetivação dos direitos assegurados no ordenamento jurídico pátrio.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Vade Mecum Jurídico 2015. Campo Grande: Contemplar, 2015.

BRASIL. Lei nº 7210 de 1984. **Lei de Execução Penal** (LEP). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm>. Acesso em: 07 de junho de 2019.

BRASIL. **Lei 12.433/2011 de 30 de junho de 2011**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12433.htm>. Acesso em: 07 de junho de 2019.

BRITO, Alexis Couto de. **Execução penal**. 4. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

CAVALCANTI, Cassandra Santos. **Remição pela leitura: humanização da execução da pena privativa de liberdade e ressocialização do apenado**. UEPB, 2016.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Saiba como funciona a remição de pena**. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/cnj-servico-como-funciona-a-remicao-de-pena>>. Acesso em: 27 de nov de 2019.

CORRÊA, Maíara. **A remição de pena pela leitura em S: breve histórico**.

DE CARVALHO, Cristina; CARVALHO, Marcelo Dias. **Projetos de mediação de leitura e bibliotecas em presídios femininos**. Revista Brasileira de Educação em Ciência da Informação, v. 4, n. 1, p. 136-

163, 2017.

DE MAEYER, Marc. **A educação na prisão não é uma mera atividade**. Educação & Realidade, v. 38, n. 1, 2013.

DE OLIVEIRA, Carolina Bessa Ferreira. **A educação escolar no contexto prisional à luz das representações dos presos: um estudo de caso da penitenciária de Uberlândia/MG**.

DO CARMO BÓZIO, Jéssyca Finantes; DAL MOLIN, Beatriz Helena. **Remição pela leitura e práticas de letramento: uma relação interdependente rumo à libertação**. Travessias, v. 10, n. 3, p. 107-120.

IRELAND, Timothy D. **Educação em prisões no Brasil: direito, contradições e desafios**. Em Aberto, v. 24, n. 86, 2012.

JULIÃO, Elionaldo Fernandes; PAIVA, Jane. **A leitura no espaço carcerário**. Perspectiva, v. 32, n. 1, p. 111-128, 2014.

LIMA OLIVEIRA, Sheila; FURTADO DE MELO, Henrique. **A leitura literária como revivência e ressignificação subjetiva de um aluno-detento**. Revista Conexão UEPG, v. 9, n. 2, 2013.

MICHELUZZI, Clara Marcarini et al. **Presídio regional de Blumenau: os desafios da remição de pena por meio da leitura e a ressocialização**. 2017.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. CNJ. **Recomendação n. 44, nov. 2013**. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=1235>>. Acesso em: 07 de junho de 2019.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Execução penal**. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Execução penal: comentários à Lei nº 7.210, de 11-7-84**. 8. Ed. Revista e atualizada. São Paulo: Atlas, 1997.

MOURA, Maria Esperia Costa et al. **Da remição por leitura no estado do Paraná: análise à luz da Lei Estadual nº 17.329/2012**.

NUNES, Adeildo. **Comentários à lei de execução penal**. 1. ed. - Rio de Janeiro : Forense, 2016.

ONOFRE, Elenice Maria Cammarosano. **Educação escolar entre as grades**. SciELO-EdUFSCar, 2007.

PROENÇA, Débora Maria; OLIVEIRA, Marilu Martens. **Remição pela leitura: a literatura e a humanização no cárcere**. In: SEMINÁRIO DO ICHS–Humanidades em Contexto: saberes e interpretações (2014). 2017.

PUCCINELLI JÚNIOR, André. **Curso de Direito Constitucional**. 4.ed. Campo Grande: Saraiva, 2014.

RIBEIRO, Maria Luzineide P. **O mundo como prisão e a prisão no mundo: Graciliano Ramos e a formação do leitor em presídios do Distrito Federal**.

SANTOS, Hugo Leonardo Rodrigues et al. **Leitura e liberdade: práticas extensionistas junto ao programa de remição pela leitura no presídio feminino de Alagoas**. Revista Eletrônica da Faculdade de Direito de Pelotas, v. 4, n. 1.

SENADO FEDERAL. **Projeto de Lei do Senado PLS 208/2017**. Altera a Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984, para dispor sobre a remição de parte do tempo de execução da pena pela leitura. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/129787>> . Acesso em: 07 de junho de 2019.

SILVA, Jaciara Marques Galvão; PRIMO, Francinete Costa. **Projeto remição pela leitura: atuação das bibliotecárias da Universidade Federal do Maranhão–Campus Grajaú na Unidade Prisional de Ressocialização**. In: **Anais do Congresso Brasileiro de Biblioteconomia, Documentação e Ciência da Informação-FEBAB**, 2019.

SILVA, Jorge Vicente. **Execução penal: doutrina, legislação e jurisprudência**. 2. Ed. Curitiba: Juruá, 2005.

SZYMANOWSKI, Cristiano; AMARAL, Laila Megumi Mimura. Ressocialização de presos no combate à reincidência estimulada pela leitura monitorada de livros. **Direito em construção**, 2015.

TINOCO, Robson Coelho. Educação em presídios e leitura literária: uma nova articulação sociológica. **Contexto-Revista do Programa de Pós-Graduação em Letras**, n. 27, 2015.

A REVITIMIZAÇÃO NA AÇÃO PENAL PÚBLICA INCONDICIONADA NOS DELITOS CONTRA A DIGNIDADE SEXUAL

Roberta Eifler Barbosa¹

RESUMO: O artigo aborda, sob a perspectiva dos direitos da vítima, a alteração efetuada pela Lei nº 13.718/2018 na espécie de ação penal nos crimes contra a dignidade sexual. A pesquisa parte de um nível descritivo, utilizando como técnica de pesquisa o levantamento bibliográfico no campo processual penal sobre o histórico normativo da ação penal nos delitos contra a dignidade sexual. No segundo eixo, em um nível exploratório, a partir do método hipotético-dedutivo, é realizada uma pesquisa bibliográfica associada entre processo penal e vitimologia, a fim de verificar a hipótese segundo a qual a recente mudança na natureza jurídica da ação penal nos delitos contra a dignidade sexual potencialmente vulnera os direitos da vítima ao transformá-la em mero objeto do processo penal. Por fim, o atual quadro normativo do processo penal brasileiro nos delitos sexuais é problematizado à luz da vitimologia, com enfoque nos processos de revitimização promovidos pelas instituições de controle social.

ABSTRACT: From the perspective of the rights of the victim, the article deals with the amendment made by Law 13.718/2018 in the nature of criminal action in crimes against sexual dignity. The research starts from a descriptive level, using as a research technique the bibliographic survey in the criminal procedural field on the normative history of criminal action in crimes against sexual dignity. In the second axis, at an exploratory level, based on the hypothetical-deductive method, a bibliographic research associated with criminal process and victimology is conducted to verify the hypothesis that the recent change in the legal nature of criminal proceedings in crimes against sexual dignity potentially undermines the rights of the

¹ Defensora pública estadual, especialista em políticas e gestão de segurança pública, pós graduanda em direito da criança e do adolescente.

victim by making her a mere object of criminal prosecution. Finally, the current normative framework of the Brazilian criminal process in sexual offenses is problematized in the light of victimology, focusing on the revictimization processes promoted by social control institutions.

PALAVRAS-CHAVE: Processo penal, Vitimologia, Ação penal, Crimes contra a dignidade sexual, Revitimização.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Histórico normativo da ação penal nos crimes contra a dignidade sexual. 3. A revitimização decorrente da ação penal incondicionada nos delitos contra a dignidade sexual. 4. Considerações finais. 5. Referências.

1 INTRODUÇÃO

O presente artigo aborda a alteração da espécie de ação penal nos crimes contra a dignidade sexual efetuada pela Lei nº 13.718 de 2018 e os direitos das vítimas desse tipo de delito. No primeiro capítulo, com base no método descritivo, primeiramente, busca-se fazer apontamentos gerais sobre os tipos de ações penais existentes no direito brasileiro, quais sejam: ação penal de iniciativa pública incondicionada, ação penal de iniciativa pública condicionada à representação, ação penal de iniciativa privada, ação penal de iniciativa privada subsidiária da pública e ação penal de iniciativa privada personalíssima.

Após, utilizando como técnica de pesquisa o levantamento bibliográfico, abordam-se as mudanças legais ocorridas ao longo dos anos especificamente no tocante aos crimes contra a dignidade sexual. São expostas, em um primeiro momento, as espécies de ação penal previstas na redação original do Código Penal, que trazia os, até então, chamados crimes contra os costumes. Após, apontam-se as mudanças efetuadas em 2009 pela Lei nº 12.015, que além de alterar a denominação do capítulo para crimes contra a dignidade sexual, também modificou a sistemática quanto à iniciativa da ação penal nesses delitos. Por fim, são trazidas as alterações promovidas pela Lei nº 13.718 do ano de 2018.

No segundo capítulo, com base em pesquisa bibliográfica associada entre processo penal e vitimologia, apresenta-se a hipótese de que a partir da mudança efetivada pela Lei nº 13.718/2018, verificam-se violações aos direitos das vítimas de tais crimes. Explora-se, primeiramente, a hipótese de que a alteração transforma a vítima em mero objeto do processo penal, retirando dela a oportunidade de

escolher se está disposta a se submeter ao escândalo proveniente do processo. Por fim, o atual quadro normativo do processo penal brasileiro nos delitos sexuais é problematizado à luz da vitimologia, com enfoque nos processos de revitimização promovidos pelas instituições de controle social.

2 HISTÓRICO NORMATIVO DA AÇÃO PENAL NOS CRIMES CONTRA A DIGNIDADE SEXUAL

A ação penal, segundo Nestor Távora e Rosmar Alencar (2012, p. 157), “é o direito público subjetivo de pedir ao Estado-juiz a aplicação do direito penal objetivo ao caso concreto”. Já para Aury Lopes Júnior (2014, p. 249), não se trata de direito subjetivo, mas de um direito potestativo, consubstanciado no “poder de proceder contra alguém diante da existência de *fumus commissi delicti*”. Cézar Roberto Bittencourt (2012, p. 443), sobre o tema, ensina que

O direito de ação penal significa a faculdade de exigir a intervenção do poder jurisdicional para investigar a procedência da pretensão punitiva do Estado no caso concreto. Ação é, pois, o direito de invocar a prestação jurisdicional, isto é, o direito de requerer em juízo a reparação de um direito violado.

Sobre a titularidade da ação penal, de acordo com o autor Aury Lopes Júnior (2014, p. 252), toda ação penal é pública, tendo em vista que é “uma declaração petitoria que provoca a atuação jurisdicional para instrumentalizar o Direito Penal e permitir a atuação da função punitiva estatal”, sendo seu conteúdo sempre de interesse geral. Porém, o sistema processual penal brasileiro prevê duas espécies de ações penais: as ações penais de iniciativa pública e as ações penais de iniciativa privada.

A regra geral é que os crimes sejam objeto de acusação pública, promovida pelo Ministério Público por meio de denúncia, conforme prevê a Constituição Federal de 1988, em seu artigo 129, inciso I² e o artigo 100, § 1º, do Código Penal³. Ademais, a espécie de ação penal de iniciativa pública subdivide-se em pública incondicionada e pública condicionada à representação.

Na ação penal de iniciativa pública incondicionada, basta que o órgão ministerial tenha conhecimento do crime e entenda preenchidos os requisitos necessários para a propositura da ação para que dê início à persecução penal, conforme ressalta Cézar Roberto Bittencourt (2012, p. 444). Ela independe, por-

2 Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público:

I - promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei;

3 Art. 100 - § 1º - A ação pública é promovida pelo Ministério Público, dependendo, quando a lei o exige, de representação do ofendido ou de requisição do Ministro da Justiça.

tanto, de qualquer manifestação de vontade da vítima ou de terceiros, consoante expõem Nestor Távora e Rosmar Alencar (2012, p. 166).

No tocante à ação penal de iniciativa pública condicionada à representação, por sua vez, “porque há ofensa à vítima em sua intimidade, para o seu exercício válido, o legislador opinou por condicioná-la a um permissivo externado por esta ou seu representante legal, permissivo este tecnicamente denominado representação” (TÁVORA; ALENCAR, p. 170). “É uma ação penal de iniciativa pública, mas que está condicionada a uma espécie de autorização do ofendido, para que possa ser exercida” (LOPES JÚNIOR, 2014, p. 275).

Assim, o Ministério Público só pode proceder contra alguém após essa autorização, “nem mesmo o inquérito pode ser formalmente instaurado sem ela, diante da exigência do art. 5º, § 4º, do CPP⁴” (LOPES JÚNIOR, 2014, p. 275).

O legislador conferiu à vítima a faculdade de autorizar ou não o início do procedimento. Isto porque a preservação da intimidade do ofendido foi colocada em primeiro plano. Muitas vezes o constrangimento de reconstruir os fatos já passados e expor a intimidade em juízo ou na delegacia é mais desgastante do que a própria impunidade do criminoso. (TÁVORA; ALENCAR, 2012, p. 170)

A representação criminal, portanto, “é a manifestação de vontade do ofendido ou de quem tenha qualidade para representá-lo, visando a instauração da ação penal contra seu ofensor” (BITTENCOURT, 2012, p. 448).

Segundo o Supremo Tribunal Federal, a representação é peça sem rigor formal, e pode ser apresentada oralmente ou por escrito, tanto na delegacia, quanto perante o magistrado ou o membro do Ministério Público. O importante é que a vítima revele o interesse claro e inequívoco de ver o autor do fato processado. (TÁVORA; ALENCAR, 2012, p. 170).

A segunda espécie de ação penal é a chamada ação penal de iniciativa privada. “Constitui exceção ao princípio publicístico da ação penal e, por isso, vem sempre expressa no texto legal” (BITTENCOURT, 2012, p. 445). Desse modo,

Naquelas infrações penais que ofendem sobremaneira a intimidade da vítima, o legislador lhe conferiu o próprio exercício do direito de ação. Nestas hipóteses, a persecução criminal é transferida excepcionalmente ao particular que atua em nome próprio, na tutela de interesse alheio (*jus puniendi* do Estado). O fundamento é evitar o constrangimento do processo (*strepitus iudicii*), podendo a vítima optar entre expor a sua intimidade em juízo ou quedar-se inerte, pois muitas vezes o sofrimento causado pela exposição do processo é maior do que a própria

4 Art. 5º Nos crimes de ação pública o inquérito policial será iniciado:

(...) § 4º O inquérito, nos crimes em que a ação pública depender de representação, não poderá sem ela ser iniciado.

impunidade do criminoso. Não obstante, se o desejar, a vítima pode processar o infrator, apresentando a competente queixa-crime, que é a peça inaugural das ações penais de iniciativa privada. (TÁVORA; ALENCAR, 2012, p. 176).

A ação penal de iniciativa privada possui três subdivisões: a ação penal de exclusiva iniciativa privada; a ação penal de iniciativa privada subsidiária da pública e a ação penal de iniciativa privada personalíssima. A primeira delas é a regra nas ações penais privadas, já referida, que pode ser exercida pelo ofendido ou seu representante legal.

A ação penal de iniciativa privada subsidiária da pública, por sua vez, ocorre por inércia do Ministério Público, conferindo legitimidade extraordinária para o ofendido ou seu representante legal exercer a ação penal.

Assim, se recebido o inquérito policial ou peças de informação suficientes para oferecer a denúncia ou pedir o arquivamento (ou, ainda, postular diligências), o Ministério Público ficar inerte, poderá o ofendido, superado o prazo concedido ao MP para denunciar (5 dias se o imputado estiver preso ou 15 dias se estiver solto), oferecer queixa subsidiária, dando início ao processo e assumindo o polo ativo (como acusador). Por inércia do MP compreende-se o fato de ele não acusar, nem pedir diligências e tampouco o arquivamento. (LOPES JÚNIOR, 2014, p. 286)

Na última espécie, chamada de ação penal de iniciativa privada personalíssima, “o direito de ação só poderá ser exercido pela vítima. Não há intervenção do representante legal e nem sucessão por morte ou ausência” (TÁVORA; ALENCAR, 2012, p. 183). “Atualmente, com a revogação do delito de adultério (...), persiste em nosso ordenamento apenas um delito de iniciativa personalíssima: o crime de induzimento a erro essencial e ocultação de impedimento, previsto no art. 236 do CP⁵” (LOPES JÚNIOR, 2014, p. 285).

“Na sistemática brasileira, para saber de quem será a legitimidade ativa para propor a ação penal, deve-se analisar qual é o delito (ainda que em tese) praticado, verificando no Código Penal a disciplina definida para a ação processual penal” (LOPES JÚNIOR, 2014, p. 268). Assim, conforme preceitua o artigo 100 do Código Penal, “a ação penal é pública, salvo quando a lei expressamente a declara privativa do ofendido” e, ainda, prevê o seu parágrafo primeiro que “a ação pública é promovida pelo Ministério Público, dependendo, quando a lei o exige, de representação do ofendido ou de requisição do Ministro da Justiça”.

5 Art. 236 - Contrair casamento, induzindo em erro essencial o outro contraente, ou ocultando-lhe impedimento que não seja casamento anterior:

Pena - detenção, de seis meses a dois anos.

Parágrafo único - A ação penal depende de queixa do contraente enganado e não pode ser intentada senão depois de transitar em julgado a sentença que, por motivo de erro ou impedimento, anule o casamento.

Quanto aos crimes contra a dignidade sexual, na redação original do Código Penal, de 1940, a ação penal, nos, à época, chamados crimes contra os costumes, era, em regra, privada⁶. Ou seja, a ação penal poderia ser iniciada por queixa da vítima, que deveria contratar um procurador para dar início ao processo penal se assim desejasse.

A exceção era prevista para o caso de vítimas hipossuficientes economicamente, em que a ação penal era de iniciativa pública condicionada à representação; ou de crime cometido com abuso do poder familiar e, segundo a súmula nº 608 do Supremo Tribunal Federal⁷, no caso de crime praticado com violência real, situações em que a ação penal era pública incondicionada, independentemente, portanto, de manifestação de vontade da vítima para que o Ministério Público pudesse propor a ação penal.

A partir de 2009, com a alteração promovida pela Lei nº 12.015⁸ a ação penal, nos, a partir de então, chamados crimes contra a dignidade sexual, passou a ser pública condicionada à representação; exceto no caso de vítima menor de 18 anos ou pessoa vulnerável⁹, bem como de crime praticado com violência real. Nesses casos, a ação penal continuava sendo pública incondicionada.

Desse modo, a regra era a ação penal ser proposta pelo Ministério Público, titular da ação penal, após manifestação de vontade da vítima e, nas exceções previstas em lei, independentemente de qualquer manifestação de vontade do ofendido. “Não há mais hipóteses de cabimento de ação penal de iniciativa privada, exceto a ação penal privada subsidiária da pública” (LOPES JÚNIOR, 2014, p. 280).

Por fim, em 2018, com a alteração promovida pela Lei nº 13.718¹⁰ todos os crimes contra a dignidade sexual passaram a ser de ação penal pública incondicionada.

6 Art. 225 - Nos crimes definidos nos capítulos anteriores, somente se procede mediante queixa.

§ 1º - Procede-se, entretanto, mediante ação pública:

I - se a vítima ou seus pais não podem prover às despesas do processo, sem privar-se de recursos indispensáveis à manutenção própria ou da família;

II - se o crime é cometido com abuso do pátrio poder, ou da qualidade de padrasto, tutor ou curador.

§ 2º - No caso do nº I do parágrafo anterior, a ação do Ministério Público depende de representação.

7 No crime de estupro, praticado mediante violência real, a ação penal é pública incondicionada.

8 Art. 225. Nos crimes definidos nos Capítulos I e II deste Título, procede-se mediante ação penal pública condicionada à representação.

Parágrafo único. Procede-se, entretanto, mediante ação penal pública incondicionada se a vítima é menor de 18 (dezoito) anos ou pessoa vulnerável.

9 “O vulnerável de que trata o dispositivo é a pessoa que, de forma perene, encontra-se em situação de vulnerabilidade, seja em razão da idade, ou de enfermidade mental ou mesmo um coma estendido, que não permita à sedizente vítima declarar sua vontade.” (LOPES JUNIOR, 2014, p. 280).

10 Art. 225. Nos crimes definidos nos Capítulos I e II deste Título, procede-se mediante ação penal pública incondicionada.

dicionada. Assim, a partir da mudança legislativa, todo e qualquer caso de crime contra a dignidade sexual que chegue ao conhecimento do Ministério Público será processado, sem que se questione sobre a vontade da vítima. O ofendido somente poderá propor a ação penal por iniciativa própria no caso de inércia do órgão ministerial, hipótese em que ainda é cabível a ação penal de iniciativa privada subsidiária da pública.

Cabe referir, ainda, que, se tratando de lei com efeitos penais mais gravosa, aplica-se somente aos crimes praticados posteriormente a sua vigência em consonância com o princípio da anterioridade¹¹.

3 A REVITIMIZAÇÃO DECORRENTE DA AÇÃO PENAL INCONDICIONADA NOS DELITOS CONTRA A DIGNIDADE SEXUAL

A partir da cronologia das espécies de ação penal nos delitos contra a dignidade sexual analisada no capítulo anterior, é possível verificar um movimento de apropriação do conflito individual pelo Estado, cuja resolução volta-se exclusivamente à aplicação deliberada de punição, sob a forma de sanção penal. Nesse ponto, importante trazer os ensinamentos de Zaffaroni e Nilo Batista, em *Direito Penal Brasileiro* (2013, p. 384), que referem que no modelo

punitivo a vítima fica de lado, ou seja, não é considerada pessoa lesionada, mas sim um signo da possibilidade de intervenção do poder das agências do sistema penal (que intervêm quando quer, assim como atua sem levar em conta a vontade do lesionado ou vítima). O pretexto de limitar a vingança da vítima ou de suprir sua debilidade serve para descartar sua condição de pessoa, para tirar-lhe a humanidade. A invocação à dor da vítima não é senão uma oportunidade para o exercício de um poder que a respectiva seletividade estrutural torna bitolado e arbitrário.

Gunther Teubner, citado por Larissa Rosa e Renan Mandarinino (2017, p. 316), denomina tal fenômeno de juridificação, explicando que “os conflitos humanos são inteiramente despojados de sua dimensão existencial própria através do formalismo jurídico e desnaturados em virtude da respectiva submissão a processos de resolução de natureza jurídica”. “A juridificação seria uma espécie de expropriação/roubo do conflito, em que o Estado atribui para si a competência para dirimir conflitos, porém não os resolve, apenas os aliena” (ROSA; MAN-

¹¹ Art. 5º, XXXIX, Constituição Federal - não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal;
Art. 1º, Código Penal - Não há crime sem lei anterior que o defina. Não há pena sem prévia cominação legal.

DARINO, 2017 p. 316).

Sobre o papel da vítima no direito penal, Sérgio Salomão Shecaira (2012, p. 49) expõe que “tem-se convencionado dividir os tempos em três grandes momentos, no que concerne ao protagonismo das vítimas nos estudos penais: ‘a idade de ouro’ da vítima; a neutralização do poder da vítima; e a revalorização do papel da vítima”. Segundo o autor (SHECAIRA, 2012, p. 49), a idade de ouro ocorreu desde os primórdios da civilização até o fim da alta idade média e era marcada pela autotutela, pena de talião, composição, ou seja, o ofendido possuía papel de destaque no curso do processo penal.

“Na segunda fase histórica, tem-se uma neutralização do poder da vítima. Ela deixa de ter o poder de reação ao fato delituoso, que é assumido pelos poderes públicos. A pena passa a ser uma garantia de ordem coletiva e não vitimária” (SHECAIRA, 2012, p. 49). E, finalmente,

em um terceiro momento, revaloriza-se o papel da vítima no processo penal. (...) Esse movimento, iniciado há dois séculos, ainda está em evolução e encontrou eco em inúmeros dispositivos recentemente editados, em que se tem uma grande preocupação com a vítima do delito. (SHECAIRA, 2012, p. 50)

Exposto o papel da vítima nos estudos penais ao longo do tempo, verifica-se que a previsão das espécies de ação penal nos delitos contra a dignidade sexual no direito penal e processual penal brasileiro seguiu o caminho inverso a tal evolução. Conforme visto anteriormente, o Código Penal de 1940, previa, como regra, a ação penal de iniciativa privada, com protagonismo total na figura da vítima, portanto.

Após, com a alteração promovida em 2015, a ação penal básica passou a ser de iniciativa pública condicionada à representação, diminuindo o papel da vítima à mera comunicação do crime e manifestação do seu desejo de iniciar o processo penal. No cenário atual, por sua vez, todas as ações penais nesse tipo de delito são de iniciativa pública, retirando qualquer manifestação de vontade ou participação da vítima para instauração do procedimento penal em desalinhamento com o movimento de “valorização da vítima como sujeito de direitos e, especialmente, como sujeito pertencente à estrutura do crime” (ROSA; MANDARINO, 2017 p. 318).

Assim, constata-se que o ofendido, nesse tipo de crime, teve sua participação cada vez mais restrita no âmbito processual penal ao longo dos anos. A mudança legislativa promovida no ano de 2018 retirou da vítima a posição de sujeito processual e a oportunidade de escolher se está disposta a se submeter ao

escândalo decorrente do processo (*streptus iudicii*), transformando-a em mero objeto do processo penal.

O lesionado passou a ser tão somente um instrumento utilizado pelo estado para obter a punição do acusado. Desse modo,

A vítima no processo penal tem sua fala condicionada ao registro de ocorrência quando for esta que comunica a autoridade policial (art. 5º, II do Código de Processo Penal¹²) e depois quando em depoimento pessoal no processo (art. 201 do Código de Processo Penal¹³). Nesta última oportunidade a sua participação é limitada às perguntas do promotor público e do juiz, que não raras vezes, tem respostas como sim ou não. Também, quando proferindo a decisão, o julgador não levará como critério de aferição de pena, a satisfação do ofendido, se limitando somente a condenar civilmente a reparar danos, quando necessário (art. 387, IV do Código de Processo Penal¹⁴). (BRAGA, 2011, p. 28)

Sobre o tema, bem pontua o autor João Carlos Castellar (2014, p. 524) ressaltando que

não deve o Estado obrigar uma vítima de crime contra sua dignidade sexual – bem jurídico que visa proteger a respeitabilidade do ser humano em matéria sexual, garantindo-lhe a liberdade de escolha e opção neste cenário – a se expor aos trâmites processuais ínsitos à ação penal, na medida em que cada atuação processual retrotrai à vítima no tempo, levando-a de volta ao drama de que sofreu e que se vê obrigada a reviver.

A vítima de um crime, especialmente em delitos sexuais ou violentos, todas as vezes em que é inquirida sobre os fatos, é, de alguma forma, submetida a um novo trauma, um novo sofrimento ao ter que relatar um episódio sombrio de sua vida para pessoas estranhas, normalmente em um ambiente formal e frio. Dessa forma, a cada depoimento, a vítima sofre uma nova violência, sem contar as demais situações degradantes observadas ao longo do procedimento, como a realização do exame de corpo de delito, por exemplo.

Esse ritual imposto ao ofendido situa-se no marco de um processo de revitimização promovido pelas instâncias de controle social. A ação delituosa é,

12 Art. 5º Nos crimes de ação pública o inquérito policial será iniciado:

(...)
II - mediante requisição da autoridade judiciária ou do Ministério Público, ou a requerimento do ofendido ou de quem tiver qualidade para representá-lo.

13 Art. 201. Sempre que possível, o ofendido será qualificado e perguntado sobre as circunstâncias da infração, quem seja ou presuma ser o seu autor, as provas que possa indicar, tomando-se por termo as suas declarações.

14 Art. 387. O juiz, ao proferir sentença condenatória:

IV - fixará valor mínimo para reparação dos danos causados pela infração, considerando os prejuízos sofridos pelo ofendido;

em regra, a primeira violação da esfera de integridade do ser humano – chamada de vitimização primária –, porém, os efeitos e as consequências dessa lesão não se esgotam no ato e podem se multiplicar a partir de processos de vitimização secundária, terciária e quaternária.

A vitimização secundária, ou sobrevitimização, resulta da atuação das instâncias de controle social e dos operadores do sistema de justiça criminal. Pode “se concretizar por meio de um tratamento desrespeitoso por parte das autoridades com a vítima, da demora no processamento do feito, das cerimônias degradantes a que são submetidas as vítimas” (OLIVEIRA, 1999, p. 112 apud ROSA; MANDARINO, 2017 p. 319).

A vitimização terciária, a seu turno, manifesta-se no meio social, normalmente decorrente da estigmatização proporcionada pelo crime e é “resultante do desamparo e da falta de assistência pública e social à vítima”. Apesar da previsão de que os processos relativos a crimes sexuais correrão em segredo de justiça¹⁵, sabe-se a exposição que esse tipo de ação traz para a vítima no meio em que vive.

Após a divulgação do crime, a tendência das pessoas que rodeiam a vítima é de se afastarem, principalmente quando tratar de crimes contra os costumes, que são considerados estigmatizantes. Diante de olhares atravessados, comentários maldosos, perguntas indecentes e indiscretas e até mesmo brincadeiras, a vítima mais uma vez se sente humilhada e constrangida, o que faz com que ela não se permita viver dignamente em sociedade. (PAULA, 2018, p. 14)

E, por fim, a vitimização quaternária é considerada aquela gerada pelo medo de se tornar vítima de um crime novamente. “É, portanto, o medo de se converter em vítima – manifestação da vitimização subjetiva – que se internaliza pela falsa percepção da realidade” (HAIDAR; ROSSINO, 2016, p. 5).

Diante do exposto, constata-se que a modificação efetuada pela Lei nº 13.718 de 2018 violou os direitos das vítimas de crimes contra a dignidade sexual, instrumentalizando-as e despojando-as de qualquer manifestação de vontade no tocante à judicialização de um fato tão íntimo e invasivo. Ademais, a nova previsão legislativa contribui sobremaneira com os processos de vitimização, reforçando principalmente a vitimização secundária e terciária, expondo o ofendido a procedimentos ultrajantes, independentemente de sua vontade, a fim de obter-se a punição do ofensor.

Ainda que se considere que a quantidade de dano, a intensidade da dor, o prejuízo

15 Art. 234-B. Os processos em que se apuram crimes definidos neste Título correrão em segredo de justiça.

para o futuro da vítima ou de seus parentes são critérios importantes para um Direito penal baseado na retribuição do delito e também para efeito de estabelecer as cominações penais e para determinar a pena a ser imposta ao réu no processo penal, há de se convir que nas hipóteses de crimes contra a dignidade sexual, em que o cerimonial degradante do processo penal atinge a vítima de modo especialmente sensível, deve o Estado retrair-se em prol da preservação do interesse individual. (CASTELLAR, 2014, p. 524)

Em razão disso, entende-se que, sendo a vítima maior de 18 anos de idade e pessoa não vulnerável, caberia a ela própria decidir se deseja ou não deflagrar a instauração do processo por meio da representação, conforme a regra prevista no Código Penal até o ano de 2018. Busca-se, assim, retornar à “presunção que deve vigorar nas sociedades democráticas, adultas e responsáveis, qual seja, a de que as pessoas não devem ser protegidas de si mesmas e que a liberdade de escolha acerca do próprio destino não pode ser exceção” (BODIN DE MORES apud CASTELLAR, 2014, p. 523). Desse modo, garantem-se os direitos da vítima e respeita-se a sua vontade de ver iniciada ou não a ação penal, tratando-a como sujeito do processo.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

No presente trabalho, a partir da revisão bibliográfica, buscou-se analisar o histórico normativo da ação penal nos delitos contra a dignidade sexual e os direitos das vítimas desse tipo de crime. No primeiro capítulo, foram analisadas de forma geral as espécies de ação penal no direito penal e processual penal brasileiro e, posteriormente, as mudanças legais ocorridas ao longo dos anos especificamente no tocante aos crimes contra a dignidade sexual.

Em um segundo momento, utilizando conceitos associados de processo penal e vitimologia, constatou-se que a mudança efetivada pela Lei nº 13.718/2018, transformando todos os crimes contra a dignidade sexual de ação penal de iniciativa pública incondicionada, a pretexto de garantir os direitos das vítimas, em verdade violou a liberdade de escolha do ofendido.

A nova sistemática é criticável, portanto, tendo em vista que transformou a vítima em mero objeto do processo penal, retirando dela a oportunidade de escolher se está disposta a se submeter ao escândalo decorrente do processo, bem como à revitimização que dele decorre. Assim, sendo a vítima maior de 18 anos de idade e pessoa não vulnerável, caberia somente a ela decidir se deseja ou não deflagrar a instauração do processo, ponderando seu desejo de justiça com as

agruras que ainda teria que enfrentar.

5 REFERÊNCIAS

BITTENCOURT, César Roberto. **Código Penal comentado**. São Paulo: Saraiva, 2012.

BRAGA, Lorena Corrêa. **O papel da vítima na justiça restaurativa: alternativas ao processo penal**. 2011. 58 f. TCC (Graduação) - Curso de Direito, Universidade Federal do Rio Grande - Furg, Rio Grande, 2011.

BRASIL. **Código de Processo Penal**. Decreto-lei nº 3689, de 1941. . Brasília, Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm>. Acesso em: 14 nov. 2019.

BRASIL. **Código Penal**. Decreto-lei nº 2848, de 1940. . Brasília, Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 10 nov. 2019.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 3 nov. 2018.

CASTELLAR, João Carlos. Crimes contra a liberdade sexual: a representação para fins penais e a dignidade da pessoa humana. In: FERNANDES, Márcia Adriana; PEDRINHA, Roberta Duboc (Org.). **Esscritos transdisciplinares de criminologia, direito e processo penal: homenagem aos mestres Vera Magaluti e Nilo Batista**. Rio de Janeiro: Revan, 2014. p. 519-528.

Haidar, Caio Abou; ROSSINO, Isabela Bossolani. **Redescobrimo a vitimologia: Estudos contemporâneos da vitimização quaternária e da influência midiática na criminologia**. In: SEMINÁRIO DE PESQUISA EM DIREITO, 1., 2016, São Paulo: Usp, 2016. Disponível em: <<https://sites.usp.br/pesquisaemdireito-fdrp/wp-content/uploads/sites/180/2017/01/caio-haidar.pdf>>. Acesso em: 12 nov. 2019.

LOPES JUNIOR, Aury. **Direito processual penal**. São Paulo: Saraiva, 2014.

PAULA, Bárbara Emiliano de. **Distorção de conceitos: o tratamento da vítima como culpada. Análise sobre vitimização secundária e criminalização da vítima mulher nos crimes de violência de gênero**. 2018. 32 f. TCC (Graduação) - Curso de Direito, Universidade Federal de Uberlândia, Uberlândia, 2018.

ROSA, Larissa; MANDARINO, Renan Posella. O lugar da vítima nas ciências criminais: política criminal orientada para a vítima de crime. In: SAAD-DINIZ, Eduardo (Org.). **O lugar da vítima nas ciências criminais**. São Paulo: Liberars, 2017. p. 315-326.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Criminologia**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal**. Salvador: Juspodivm, 2012.

ZAFFARONI, E. Raúl et al. **Direito Penal Brasileiro I: Teoria Geral do Direito Penal**. Rio de Janeiro: Revan, 2013

A INFLUÊNCIA DOS ELEMENTOS DE INFORMAÇÃO DO INQUÉRITO POLICIAL NA FUNDAMENTAÇÃO DA SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA: UMA ANÁLISE DAS PRINCIPAIS VIAS DE CONTAMINAÇÃO TENDO POR BASE AS SENTENÇAS PROLATADAS PELAS VARAS CRIMINAIS DE MACEIÓ/AL

Marcos Eugênio Vieira Melo¹

Marcelo Herval Macêdo Ribeiro²

Amanda Assis Ferreira³

RESUMO: Trata-se de pesquisa que objetiva avaliar a alta influência dos elementos de informação coligidos pela polícia na fase investigativa (preliminar) do processo penal no momento da fundamentação da sentença condenatória. Para demonstrar essa influência aqui caracterizada como “autoritária”, visto afastar do processo o contraditório judicial público, empreendeu-se análise de fluxo do sistema de justiça com base em um instrumental qualitativo-quantitativo. Com efeito, foram examinadas 458 sentenças judiciais prolatadas em 2016 pelas Varas Criminais residuais da comarca de Maceió/AL. A partir do exame das referidas decisões, chegou-se à constatação de que um índice superior a 91% das sentenças penais condenatórias utiliza-se, direta e expressamente, dos elementos informativos colhidos no curso da fase administrativa preliminar, sem a observância, portanto, das garantias fundamentais conformadoras do devido processo legal.

-
- 1 Mestre em Ciências Criminais pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul - PUCRS, Bolsista CAPES. Pós-Graduado em Processo Penal pelo Instituto de Direito Penal Econômico e Europeu (IDPEE), da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra e o Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCRIM). Membro do Grupo de Pesquisa Biopolítica e Processo Penal.
 - 2 Graduado em Direito pelo Centro Universitário Tiradentes (UNIT-AL). Advogado Criminalista. Pesquisador CNPq. Membro da Comissão de Relações Penitenciárias da OAB/AL. Membro do Fórum Popular de Segurança Pública do Nordeste (FPSP/NE). Membro do Grupo de Pesquisa Biopolítica e Processo Penal.
 - 3 Graduanda em Direito pela Universidade Integrada Tiradentes (UNIT-AL). Pesquisadora CNPq. Membro do Grupo de Pesquisa Biopolítica e Processo Penal.

PALAVRAS-CHAVE: inquérito policial, sentença criminal, contaminação, autoritarismo.

ABSTRACT: This research aims to evaluate the high influence of the information collected by the police in the investigative (preliminary) phase of the criminal process at the moment of the condemnation sentence. To demonstrate this influence characterized here as “authoritarian”, as it removed the contradictory public judicial process, a flow analysis of the justice system was undertaken based on a qualitative and quantitative instrument. In fact, 458 judgments handed down in 2016 by the residual criminal courts of the district of Maceió/AL were examined. From the examination of these decisions, it was found that an index higher than 91% of sentencing criminal sentences uses, directly and expressly, the information gathered during the preliminary administrative phase, without observing, therefore, fundamental guarantees of due process of law.

KEYWORDS: police inquiry, criminal sentence, contamination, authoritarianism.

INTRODUÇÃO

A persecução penal — isto é, o caminho pelo qual o Estado deve percorrer a fim de materializar, de maneira legítima, a aplicação de uma reprimenda abstratamente prevista em lei — se divide, fundamentalmente, em duas etapas: uma fase pré-processual, consubstanciada em investigações preliminares levadas a cabo, geralmente, pela polícia judiciária; e uma segunda fase, de natureza processual, presidida por um Juiz, cuja legitimidade condiciona-se à incontornável observância das garantias constitutivas do devido processo, em especial o contraditório e a ampla defesa.

A etapa preliminar ao processo penal possui como objetivo precípua obter informações relativamente a um aparente fato criminoso, com vistas a propiciar, ao detentor da pretensão acusatória — na ação penal de natureza pública, o Ministério Público; na ação penal de natureza privada, o querelante —, elementos suficientes à configuração da *opinio delicti*, a fim de que seja avaliada a (des)necessidade de oferecimento da peça inicial acusatória, com todas as consequências disso decorrentes⁴.

4 Acerca das consequências engendradas pela existência de um processo penal, Aury Lopes Jr., com inequívoco acerto, afirma que “em muitos casos, a verdadeira punição pretendida não é dada pela condenação, mas

Nessa esteira, LOPES JR. e GLOECKNER aduzem que o fundamento ontológico dessa primeira etapa não é outro senão evitar a superveniência de acusações infundadas porquanto desprovidas de robustos elementos indiciários. Segundo os autores,

a função de evitar acusações infundadas é o principal fundamento da investigação preliminar, pois, em realidade, evitar acusações infundadas significa esclarecer o fato oculto (juízo provisório e de probabilidade) e, com isso, também assegurar à sociedade de que não haverá abusos por parte do poder persecutório estatal. Se a impunidade causa uma grave intranquilidade social, não menos grave é o mal causado por se processar um inocente⁵

Tradicionalmente, a doutrina entende que a primeira etapa da *persecutio criminis* se afigura como dispensável, haja vista a possibilidade de que a ação penal seja iniciada malgrado a inexistência de quaisquer substratos informativos, desde que, para isso, os elementos conformadores do *fumus comissi delicti* — quais sejam, a prova da materialidade do fato criminoso e os indícios suficientes de autoria — estejam razoavelmente demonstrados no momento do oferecimento da exordial acusatória. Não obstante, calha observar que, na prática forense, esta fase preparatória se queda presente em parcela inequivocadamente majoritária de ações penais – mormente as de natureza pública —, de tal sorte que a dispensabilidade acima referida não é habitualmente percebida.

Nessa senda, o trabalho aqui exposto se propõe a esquadrihar a alta influência dos elementos de informação coligidos pela polícia durante a fase investigativa (preliminar) na fundamentação da sentença condenatória. Com efeito, em que pese o legislador tenha limitado a capacidade de os elementos informativos servirem como instrumentos hábeis a fundamentar o convencimento jurisdicional relativamente ao caso submetido à análise, o que se observa, na *law in action*⁶, é uma banalizada utilização desses expedientes informativos à fundamentação das decisões judiciais. Sucede, contudo, que referida situação se apresenta indiscutivelmente problemática, em especial pelos efeitos que dela emergem, notadamen-

pela simples acusação, quando o indivíduo, todavia, ainda deveria estar sob a esfera de proteção da presunção de inocência. Muitos processos infundados acabam em uma absolvição, esquecendo-se que no caminho fica uma vida destruída, estigmatizada. O processo penal, em si, produz uma carga grave e onerosa para o acusado, que culmina com o sofrimento da alma e a penitência do espírito”. Entre os efeitos promovidos por este fenômeno, o processualista gaúcho destaca, entre outros, o estado de prolongada ânsia e a estigmatização social e jurídica derivada do processo penal. Nesse sentido, cf. LOPES JR., Aury. GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Investigação Preliminar no Processo Penal**. ed. 5. São Paulo: Saraiva, 2013.

5 LOPES JR., Aury. GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Investigação Preliminar no Processo Penal**. ed. 5. São Paulo: Saraiva, 2013.

6 PALLAZZO, Francesco. **Legalità fra Law in the Books e Law in Action**. Disponível em http://www.penalcontemporaneo.it/upload/1452614758PALLAZZO_2016a.pdf. Acesso em 05.01.2017.

te a oportunidade de surgimento de efeitos como quadros mentais paranoicos e o primado das hipóteses sobre os fatos⁷.

Assim, nos tópicos seguintes, pretende-se avaliar as circunstâncias subjacentes à utilização do inquérito policial na segunda etapa da persecução penal. Inicialmente, serão discutidas algumas características inerentes à investigação preliminar, objetivando expor os principais motivos que levaram o legislador a limitar o valor probatório do inquérito à fundamentação sentença. Posteriormente, pretende-se avaliar a inserção dos elementos informativos numa tessitura persecutória inquisitiva, problematizando a estrutura autoritária que circunda a punitividade contemporânea. Ao cabo, e à guisa de conclusão, pretende-se sintetizar todas as ideias ventiladas, sustentando a imprestabilidade dos elementos informativos como expedientes legítimos a fundamentar uma decisão penal definitiva.

1. NOTAS INTRODUTÓRIAS ACERCA DO INQUÉRITO POLICIAL: CARACTERÍSTICAS E LIMITAÇÕES PROBATÓRIAS

O inquérito policial — objeto do presente trabalho — consiste em modalidade de investigação preliminar, caracterizado fundamentalmente por ser um procedimento administrativo discricionário, sigiloso, escrito e inquisitivo. Como afirmam TÁVORA e ALENCAR, com supedâneo nos ensinamentos de TOURINHO FILHO, “o inquérito é o conjunto de diligências realizadas pela polícia judiciária para a apuração de uma infração penal e sua autoria, a fim de que o titular da ação penal possa ingressar em juízo”⁸. Nesse sentido, trata-se de procedimento “presidido pelo delegado de polícia, no intuito de identificar o autor do ilícito e os elementos que atestem a sua materialidade (existência) (...) fornecendo elementos para convencer o titular da ação penal se o processo deve ou não ser deflagrado”⁹.

Sucedede que por ser um expediente desprovido das mínimas garantias conformadores de um sistema epistemológico garantista, o legislador processual penal, nomeadamente a partir da Reforma Processual levada a cabo por meio das Leis nº 11.690/2008 e nº 11.698/2008, limitou a utilização do inquérito à fundamentação do convencimento jurisdicional, preceituando, com a nova redação

7 CORDERO, Franco. **Guida ala procedura penale**. Torino: UTET, 1986.

8 TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de direito processual penal**. 13ª. ed., Rev. Amp. e atual. Salvador: Juspodivm, 2018, p. 131.

9 TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de direito processual penal**. 13ª. ed., Rev. Amp. e atual. Salvador: Juspodivm, 2018, p. 131.

conferida ao artigo 155 do Código de Processo Penal, que “o juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação”.

O que se promoveu, portanto, foi a limitação da utilização dos elementos coligidos no inquérito policial — cuja produção não observa as garantias que constituem o devido processo, repise-se — à decisão acerca do caso penal submetido à apreciação judicial. Dessa maneira, em decorrência das reformas legislativas acima mencionadas, é lícito afirmar que, como regra geral, “o valor dos elementos coligidos no curso do inquérito policial somente serve para fundamentar medidas de natureza endoprocédimental (...) e, no momento da admissão da acusação, para justificar o processo ou não processo”¹⁰. Assim,

é absolutamente inconcebível que os atos praticados por uma autoridade administrativa, sem a intervenção do órgão jurisdicional, tenham valor probatório na sentença. Não só não foram praticados ante o juiz, senão que simbolizam a inquisição do acusador, pois o contraditório é apenas aparente e muitas vezes absolutamente inexistente. Da mesma forma, a igualdade sequer é um ideal pretendido, muito pelo contrário, de todas as formas se busca acentuar a vantagem do acusador público. Não é necessário maior esforço para concluir que o IP carece das garantias mínimas para que seus atos sirvam mais além do juízo provisional e de verossimilitude necessários para adotar medidas cautelares e decidir sobre a abertura ou não do processo penal.

Não obstante, o que comumente se observa na prática forense é a frequente utilização dos elementos de informação coligidos no caderno inquisitorial — que, fundamentalmente, deveriam servir apenas como filtro processual contra acusações infundadas — na fundamentação das decisões judiciais, especialmente condenatórias. Com efeito, não raras vezes o inquérito policial ultrapassa suas funções alegadamente oficiais, influenciando o convencimento do julgador a respeito do caso penal a ele submetido à apreciação. No tópico seguinte, pretende-se avaliar como esse contexto resta francamente incompatível com um processo penal de matriz acusatória, ensejando, portanto, em práticas punitivas inquisitivas, incompatíveis com o Estado Democrático de Direito.

2. O INQUÉRITO POLICIAL INSERIDO NUM CONTEXTO INQUISITIVO

Os sistemas jurídicos latino-americanos são, em grande parte, fruto da con-

10 LOPES JUNIOR, Aury. *Direito processual penal*. 15ª ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 159.

juntura política que os estruturou historicamente, nomeadamente no que tange aos conquistadores ibéricos. Desse modo, o cenário percebido hoje, resultado não de um determinismo absoluto mas de um conjunto de fatores estruturantes, contempla inexoravelmente uma forte tradição inquisitorial e autoritária, sinalizada por meio de, entre outros sintomas, uma extrema centralização hierárquica dos Tribunais e uma organização claramente burocrática¹¹.

Por outro lado, sua dimensão político-criminal tem encontrado artifícios históricos discursivos para minar os aspectos limitadores do poder punitivo e fazer prevalecer elementos que ampliam o exercício do poder relacionado à persecução penal. Com efeito, tem-se que a relação entre o sistema político imperante e a substância do direito processual penal é mais direta e imediata do que em qualquer outro ramo do ordenamento jurídico¹².

Já ensinava GOLDSCHMIDT¹³ que “os princípios de política processual de uma nação não são outra coisa que segmentos de sua política estatal geral”, bem como que “a estrutura do processo penal de uma nação não é senão o termômetro dos segmentos corporativos ou autoritários de sua constituição”. Logo, entende-se que o fenômeno processual penal deve ser compreendido rizomaticamente¹⁴, como elemento inserido em um contexto de circunvizinhança com os mais variados fatores – sociais, políticos, culturais, etc. – que o afetam ainda que indiretamente, produzindo irritações a serem observadas e interpretadas com base em seus próprios códigos¹⁵. Desde uma perspectiva política, é necessário ressaltar que o papel do processo está inextricavelmente relacionado com os desígnios do próprio Estado¹⁶.

11 MAIER, Julio B. J. Situación de la justicia penal y problemas de los sistemas escritos. **Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica**, junio 1991, nº 4, p. 2-3.

12 MAIER, Julio B. J. **Derecho procesal penal**. Tomo I: fundamentos. Buenos Aires: Del Puerto, 2006, p. 260.

13 GOLDSCHMIDT, James. **Principios generales del proceso**: problemas jurídicos y políticos del proceso penal. vol. II. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1961, p. 110.

14 Deleuze e Guattari assim resumem os pontos principais de um rizoma: (1) ele conecta quaisquer dois pontos, cada um com suas características que não se remetem necessariamente a característica da mesma natureza, o rizoma põe em jogo regimes de signos muito distintos e até mesmo de não-signos; (2) Ele não se reduz nem ao Uno e nem ao Múltiplo; (3) ele não se compõe de unidades, mas de dimensões, ou, melhor, de direções que se modificam; (4) não tem nem início e nem fim, sempre um meio, no qual cresce e desborda; (5) o rizoma constitui multiplicidades lineares de n dimensões, sem sujeito ou objeto, distribuíveis em um plano de existência do qual sempre se subtrai o Uno (n-1); (6) ele é integralmente composto por linhas (de segmentariedade, de estratificação, de fuga ou desterritorialização, esta como dimensão máxima pela qual a multiplicidade se metamorfoseia ao mudar de natureza); (7) ele é uma anti-genealogia, uma memória curta ou anti-memória; (8) ele procede por variação, expansão, conquista, captura, injeção; (8) o rizoma está relacionado com um mapa que deve ser construído, produzido, sempre desmontável, conectável, alterável, com múltiplas entradas e saídas, em suas linhas de fuga; (9) trata-se de sistema acentrado, não hierárquico e não significativo, sem um comando central, sem memória organizadora central (mais detalhes, cf. DELEUZE, Gilles; GUATTARI, Felix. *Rizoma*: introducción. Trad. José Vásquez Pérez e Umbelina Larraceleta. Valencia: Pre-textos, 2013, p. 48-49).

15 LUHMANN, Niklas. **O direito da sociedade**. Trad. Saulo Krieger. São Paulo: Martins Fontes, 2016, p. 584.

16 GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **Direito à Prova no Processo Penal**. Imprensa: São Paulo: Revis-

Há, portanto, um nexó entre a manifestação política do Estado e o modo de exercício do processo. Em um Estado Democrático de Direito, no qual o cidadão tem seus direitos individuais protegidos, o processo tende à ampliação das garantias; já em um Estado em que a relação Estado-cidadão é desequilibrada e pende em favor exclusivamente do primeiro, as garantias são diminuídas ou eliminadas¹⁷.

Nessa senda, poder-se-ia esperar um modelo democrático de processo penal apenas de um Estado que de fato se pautasse por tais valores, todavia apenas se pautaria ele deste modo de possuir instituições que estruturassem relações jurídicas deste jaez, fomentando, assim, uma relação bilateral complexa, de afetação recíproca, de modo que, ao se conceber o Estado como conjunto das manifestações políticas (lato sensu) de um determinado espaço geográfico, seria mais razoável operar uma reestruturação menos descendente do que ascendente (das instituições ao Estado). Neste sentido, FERRAJOLI atribui ao direito e ao processo penal um caráter democrático apenas se servirem para limitar e diminuir a violência punitiva do Estado e assegure os direitos fundamentais do cidadão frente ao seu arbítrio e abuso da força¹⁸.

Dessa forma, no contexto especificamente brasileiro, a tendência inquisitorial do processo penal parte de uma matriz cultural portuguesa autoritária em que, por um lado, o julgador é o protagonista na produção das provas, bem como, por outro, a apologia ao punitivismo sob os mais variados discursos da pena e de seus populismos fazem com que se instale um impulso autoritário e uma mentalidade inquisitória nos diversos atores jurídicos¹⁹.

Com isso, entende-se que, assim como o sistema processual é reflexo do regime político ideológico, o sistema probatório é por sua vez a coluna vertebral

ta dos Tribunais, 1997, pp. 18-19. Como adverte CHOUKR (*Garantias constitucionais na investigação criminal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 8): “O Estado, pela sua óptica, cria uma regulamentação processual penal a partir dos valores políticos dominantes”. Nessa ótica, para GIMENO SENDRA (Prólogo. In: GONZALES-CUELLAR SERRANO, Nicolas. **Proporcionalidad y Derechos Fundamentales en el Proceso Penal**. Madrid: Colex, 1990.p. 7), “o processo penal é, junto com o Direito Penal, o setor do ordenamento em que maiores poderes são concedidos ao Estado para a restrição dos direitos fundamentais que a Constituição reconhece aos cidadãos” (tradução livre).

17 BETTIOL, Giuseppe; BETTIOL, Rodolfo. **Istituzioni di diritto e procedura penale**. 7ª ed. Pádua: CEDAM, 2000, p. 128-129.

18 FERRAJOLI, Luigi. **Justicia penal y democracia. Jueces para la democracia**, n. 4, Madrid, set. 1988, p. 3.

19 AMARAL, Augusto Jobim do. **Política da prova e cultura punitiva: a governabilidade do processo penal brasileiro contemporâneo**. São Paulo: Almedina, 2014, p. 389. Esses discursos populistas/inquisitórios acabam se revelando como o lugar em que existe a ligação mais genuína entre o *desejo* e o *poder*: “A linguagem da punição, mesmo podendo muito bem estar associada às melhores intenções, seduz profundamente, pois sabemos desde tempos que o *discurso* não é simplesmente aquilo que manifesta ou oculta o *desejo*, mas é o próprio *desejo*, traduz tão somente as lutas ou os sistemas de dominação, mas revela aquilo porque se luta, pelo que se luta – o poder, enfim, do qual queremos nos apoderar” (AMARAL, Augusto Jobim do; ROSA, Alexandre Morais da. *Cultura da Punição: a ostentação do horror*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014, p. 44).

do sistema processual²⁰. Logo, uma regulação normativa ou uma prática forense probatória que não respeite garantias constitucionais como a do contraditório, subvertem o sistema acusatório e convertem a decisão judicial em um exercício de pura arbitrariedade²¹.

Um modelo processual inquisitivo responde a uma concepção autoritária e antidemocrática, fazendo com que o processo penal perca sua condição de processo e se converta em um instrumento de opressão²². Portanto, o processo penal deve se conceber como um sistema de garantias a todos frente a atuação punitiva do Estado²³.

Com efeito, importante apontar que as premissas de um processo penal democrático partem necessariamente de um instrumento de limitação de um poder punitivo estatal, “por ser o próprio exercício do poder o núcleo inquebrável de qualquer preocupação democrática”²⁴, tratando-se, portanto, do marco constitucional “como limite às derivas processuais de fundo autoritário, impondo um sistema processual que possa considerar-se ele mesmo um aparelho limite ao poder punitivo”²⁵.

2.1 UMA ANÁLISE DO ARTIGO 155 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL E SUAS CONSEQUÊNCIAS PARA A PRIMEIRA FASE DA PERSECUÇÃO PENAL

Destarte, no que tange ao Código de Processo Penal brasileiro concebido na década de 1940 e vigente até os dias atuais, entende-se que este contém as características acima elencadas de uma cultura inquisitória e mantém um perfil autoritário, já que foi idealizado no regime autoritário do Estado Novo e farta-

- 20 GONZALEZ ALVAREZ, Daniel. La prueba en los procesos penales centroamericanos (Guatemala, El Salvador, Costa Rica. **Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica**, marzo 2000, n. 17, p. 1. Para MORA MORA (La prueba en el Código Procesal Penal Tipo para America Latina. **Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica**, junio 1992, n. 5, p. 53, tradução livre) “o sistema probatório adotado no processo penal constitui um termômetro do nível de desenvolvimento democrático de uma comunidade concreta”.
- 21 ESTRAMPES, Manuel Miranda. La prueba en los procesos penales acusatorios latinoamericanos, Actualidad Judicial. **Revista del Poder Judicial del Estado de Zacatecas**, núm.1, p. 36 y ss., 2007, p. 39.
- 22 Nesse sentido MONTERO AROCA (**Principios del proceso penal: una explicación basada en la razón**. Valencia: Tirant lo blanch, 1997. p. 28-29) chega a afirmar que: “*El denominado proceso inquisitivo no fue y, obviamente, no puede ser, un verdadero proceso [...] El llamado proceso acusatorio sí es un verdadero proceso, por cuanto en él existe realmente un juez imparcial y dos partes parciales enfrentadas entre sí*”.
- 23 ESTRAMPES, Manuel Miranda. La prueba en los procesos penales acusatorios latinoamericanos, Actualidad Judicial. **Revista del Poder Judicial del Estado de Zacatecas**, núm.1, p. 36 y ss., 2007, p. 37. Nesse sentido, para PRADO (*Sistema Acusatório*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p. 45-47) o processo penal deve servir como uma *função-garantia* dos direitos fundamentais do acusado.
- 24 MELCHIOR, Antonio Pedro. **O juiz e a prova: o sinthoma político do processo penal**. Curitiba: Juruá, 2013, p. 146.
- 25 MARTINS, Rui Cunha. **O Ponto Cego do Direito: The Brazilian Lessons**. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 74-75.

mente influenciado pelo *Codice Rocco* italiano²⁶.

Desse modo, constata-se que a inexistência de regras claras quanto ao procedimento a ser adotado na fase de investigação preliminar desencadeia com ainda mais robustez o autoritarismo, somado ao reflexo de uma cultura inquisitória ainda presente na persecução penal brasileira, que quando levada à essência policial ainda é verificada com mais potência²⁷.

Assim, o que se verifica diante de uma mentalidade inquisitória instaurada num sistema processual penal ainda em desenvolvimento, é que é extremamente árduo impedir uma fundamentação exclusiva com base no fascículo inquisitorial, visto que isto significa subjugar o potencial lúbrico do sistema de justiça criminal nacional, que facilmente consegue ludibriar os contornos mais acusatórios que o Código de processo penal tem a intenção de tomar.

Sobre o inquérito policial e si mesmo, GIACOMOLLI assevera que a valoração atribuída à fase pré-processual no decorrer da fase de debates em contraditório é que determinará se um processo é democrático e constitucionalmente adequado ou se é somente um simulacro de processo²⁸. Assim, este procedimento inicial acaba por ser um primeiro juízo do Estado acerca do fato criminoso e carregará todas as consequências de uma fase originariamente inquisitiva durante todo o resto da persecução penal, até o momento da sentença.

Outra vicissitude diz respeito à presunção de veracidade das peças de formação do inquérito, por terem sido produzidas por funcionários públicos e

- 26 GIACOMOLLI, Nereu José. **Reformas (?) do processo penal: considerações críticas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 7. Segundo GLOECKNER, “desde a sede política, a inspiração do Estado Novo tinha os elementos corporativos do Estado italiano nítido espelhamento”, mas não apenas em sede política, apesar de algumas diferenças nos procedimentos “ideologicamente, tanto um quanto o outro instituto são infensos a uma concepção liberalizante de processo penal, como pode ser encontrado na exposição de motivos do código brasileiro. A ideologia e alguns institutos centrais do processo são pensados de forma muito similar, garantindo a contiguidade entre os diplomas” (GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. O garantismo inquisitório brasileiro: continuidade do discurso autoritário no pensamento processual penal. In: In: COUTINHO; J. N. M.; PAULA, L. C.; SILVEIRA, M. A. N. (Org.). **Mentalidade Inquisitória e Processo Penal no Brasil: Diálogo sobre Processo Penal entre Itália e Brasil**, vol. 2. Florianópolis: Empório do direito, 2017, p. 232-238). No mesmo sentido GIACOMOLLI entende que a “Essa ideologia fascista estruturou o CPP italiano da década de 1930, refletiu no Brasil e na organização do sistema processual criminal brasileiro. Isso se pode observar na estrutura do CPP, nas modificações posteriores, na doutrina, na jurisprudência e na atuação dos sujeitos oficiais” (GIACOMOLLI, Nereu José. Algumas Marcas Inquisitoriais do Código de Processo Penal Brasileiro e a Resistência às Reformas. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, v. 1, n. 1. Porto Alegre, 2015, p. 147).
- 27 QUEIROZ, David. **A permeabilidade do processo penal**. Florianópolis: Empório do direito, 2017, p. 80. Em sentido similar, SCARANCA FERNANDES afirma em relação as fases da persecução penal que: “É preciso regular cada uma por regras que, ao mesmo tempo, permitam atuação eficiente dos órgãos de persecução penal e resguardem os interesses do investigado ou do acusado. Assim, no exame de uma fase, importa destacar alguns exigências fundamentais que lhe dão consistência e asseguram, por isso mesmo, a atuação de importantes garantias do processo penal” (SCARANCA FERNANDES, Antonio. **Teoria Geral do Procedimento e O Procedimento no Processo Penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 74).
- 28 GIACOMOLLI, Nereu José. **A fase preliminar do processo penal**. Crises, misérias e novas metodologias investigatórias. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 99.

terem “fé pública”. Contudo, essa presunção de veracidade gera efeitos contrários a própria natureza do inquérito, levando a que sejam admitidos no processo atos administrativos, sigilosos e muitas vezes sem o exercício da defesa²⁹.

A partir de uma análise do art. 155 do Código de Processo Penal³⁰, nota-se que o juiz não poderá fundamentar sua decisão tão somente no inquérito, oportunizando, porém, a possibilidade do juiz através da “livre apreciação da prova” utilizar, desde que não “exclusivamente”, o que foi produzido unilateralmente na fase inquisitória em sua fundamentação da decisão.

O que isto significa, na realidade, é que não existindo prova no processo para sustentar a condenação, o juiz se vale do que está no inquérito. Assim sendo, ou “o sistema é acusatório ou inquisitório. Não basta afirmar que é acusatório e permitir a utilização de elementos da fase inquisitória, que contaminam e comprometem a possível estrutura acusatória da segunda etapa”³¹.

CONCLUSÃO

É cediça a função democrática do inquérito policial dentro da persecução penal, no que tange ao fato evitar que um possível inocente seja encaminhado ao processo penal sem um fator fundamentado plausível para tanto (indícios de autoria e prova da materialidade), visto que o processo penal se torna uma pena em si, ao passo que estigmatiza o indiciado e o rotulo, desde já, como criminoso.

Apesar de alguns autores entenderem sua cessação como imperativa, entendemos se tratar de peça importante para a o exercício de direitos e garantias fundamentais, quando devidamente realizado.

Porém, o que se percebe na maioria das vezes são inquéritos policiais de pouca confiabilidade, e ainda, legitimados pelo artigo 155 do Código de Processo Penal os magistrados costumam se valer amplamente dos elementos de informação.

29 LOPES JR., Aury; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Investigação preliminar no processo penal**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 302.

30 A Lei 11.690/08 modificou diversos artigos que tratavam sobre a formação das provas no processo penal, dentre eles o art. 155: Art. 155. O juiz formará sua convicção pela *livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação*, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas (grifo nosso). Segundo GIACOMOLLI o legislador de 2008 continuou com tradição do modelo inquisitorial que serviu de base ao processo penal da década de 1940. Ainda segundo o autor, foram potencializados os poderes instrutórios do julgador com a nova redação do art. 156, bem como a valorização dos elementos colhidos na fase de investigação sem o contraditório (GIACOMOLLI, Nereu José. **Reformas (?) do processo penal**: considerações críticas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 18).

31 KHALED Jr., Salah. **O Sistema Processual Penal Brasileiro – Acusatório, Misto ou Inquisitório?** *Civitas*, Porto Alegre, v. 10, n. 2, p. 293-308, maio-ago de 2010, p. 304.

O presente artigo teve o cariz de demonstrar a cultura inquisitiva em que está inserida essa fase as drásticas consequências que acarretam todo o processo penal, quando da consideração de elementos de informação no lugar de prova produzidas sob o crivo do contraditório.

Desta forma, entende-se que, em que pese a necessidade do inquérito como “filtro” a ser exercido para evitar acusações infundadas, é insustentável que se continue a operar a fase pré-processual como nos moldes atuais, deixando de lado a imperatividade da produção de provas, como sustentáculo de um processo penal digno e democrático.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMARAL, Augusto Jobim do; ROSA, Alexandre Morais da. **Cultura da Punição: a ostentação do horror**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

BETTIOL, Giuseppe; BETTIOL, Rodolfo. **Istituzioni di diritto e procedura penale**. 7ª ed. Pádua: CEDAM, 2000, p. 128-129.

CORDERO, Franco. *Guida ala procedura penale*. Torino: UTET, 1986.

DELEUZE, Gilles; GUATTARI, Felix. **Rizoma: introducción**. Trad. José Vásquez Pérez e Umbelina Larraceleta. Valencia: Pre-textos, 2013.

ESTRAMPES, Manuel Miranda. La prueba en los procesos penales acusatorios latinoamericanos, *Actualidad Judicial. Revista del Poder Judicial del Estado de Zacatecas*, núm.1, p. 36 y ss., 2007.

FERRAJOLI, Luigi. *Justicia penal y democracia. Jueces para la democracia*, n. 4, Madrid, set. 1988.

GIACOMOLLI, Nereu José. **A fase preliminar do processo penal**. Crises, misérias e novas metodologias investigatórias. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

GIACOMOLLI, Nereu José. Algumas Marcas Inquisitoriais do Código de Processo Penal Brasileiro e a Resistência às Reformas. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, v. 1, n. 1. Porto Alegre, 2015.

GIACOMOLLI, Nereu José. **Reformas (?) do processo penal: considerações críticas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. O garantismo inquisitório brasileiro: continuidade do discurso autoritário no pensamento processual penal. In: In: COUTINHO, J. N. M.; PAULA, L. C.; SILVEIRA, M. A. N. (Org.). **Mentalidade Inquisitória e Processo Penal no Brasil: Diálogo sobre Processo Penal entre Itália e Brasil**, vol. 2. Florianópolis: Empório do direito, 2017.

GOLDSCHMIDT, James. **Principios generales del proceso: problemas jurídicos y políticos del proceso penal**. vol. II. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1961, p. 110.

GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **Direito à Prova no Processo Penal**. Imprensa: São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

GONZALES-CUELLAR SERRANO, Nicolas. **Proporcionalidad y Derechos Fundamentales en el Proceso Penal**. Madrid: Colex, 1990.

KHALED Jr., Salah. **O Sistema Processual Penal Brasileiro – Acusatório, Misto ou Inquisitório?** *Civitas*, Porto Alegre, v. 10, n. 2, p. 293-308, maio-ago de 2010.

LOPES JR., Aury. GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Investigação Preliminar no Processo Penal**. ed.

5. São Paulo: Saraiva, 2013.

LUHMANN, Niklas. **O direito da sociedade**. Trad. Saulo Krieger. São Paulo: Martins Fontes, 2016.

MAIER, Julio B. J. Situación de la justicia penal y problemas de los sistemas escritos. **Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica**, junio 1991, n° 4.

MARTINS, Rui Cunha. **O Ponto Cego do Direito: The Brazilian Lessons**. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2013.

MELCHIOR, Antonio Pedro. **O juiz e a prova: o sintoma político do processo penal**. Curitiba: Juruá, 2013.

MONTERO AROCA **Principios del proceso penal: una explicación basada en la razón**. Valencia: Tirant lo blanch, 1997.

PALLAZZO, Francesco. **Legalità fra Law in the Books e Law in Action**. Disponível em http://www.penalecontemporaneo.it/upload/1452614758PALAZZO_2016a.pdf. Acesso em 05.01.2017.

QUEIROZ, David. **A permeabilidade do processo penal**. Florianópolis: Empório do direito, 2017.

SCARANCA FERNANDES, Antonio. **Teoria Geral do Procedimento e O Procedimento no Processo Penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de direito processual penal**. 13ª. ed., Rev. Amp. e atual. Salvador: Juspodivm, 2018.

AS AUDIÊNCIAS DE CUSTÓDIA NO RIO GRANDE DO SUL: UMA ANÁLISE SOB AS PERSPECTIVAS DO DIREITO PROCESSUAL PENAL BRASILEIRO

CUSTODY HEARINGS IN RIO GRANDE DO SUL: AN ANALYSIS UNDER THE PERSPECTIVES OF BRAZILIAN CRIMINAL PROCEDURAL LAW

Mateus Rech Graciano dos Santos¹

Raphael Soares Salbego²

Bruno Seligman de Menezes³

Resumo: Reconhecidas pelo Brasil em tratados internacionais, as audiências de custódia foram implementadas no país por meio da Resolução nº 213 de 15/12/2015 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) no ano de 2015, emergindo como mecanismo de manutenção de garantia dos direitos fundamentais. O projeto consiste na apresentação do preso, em prazo máximo de 24 horas, a um juiz nos casos de prisão em flagrante, com a consequente participação do Ministério Público e da Defesa, para que este seja devidamente julgado em prazo razoável ou posto em liberdade. Mesmo com a implementação do projeto em todas as unidades federativas, a sua aceitação e aplicação ainda é singela quando comparada a sua importância dentro do Processo Penal, principalmente no que se refere ao estado do Rio Grande do Sul. Nessa senda, devido à importância do tema, a partir de uma metodologia dedutiva, buscou-se compreender como a implementação das audiências de custódia influenciou na atuação órgãos de justiça e suscitar hipóteses a respeito da influência destes nos dados fornecidos pelo CNJ.

Palavras-chave: Audiência de Custódia. Conselho Nacional

-
- 1 Autor. Acadêmico do 10º semestre do Curso de Graduação em Direito da Faculdade de Direito de Santa Maria – FADISMA. E-mail: mateusgracianor@gmail.com.
 - 2 Autor. Acadêmico do 5º semestre do Curso de Direito da Universidade Federal de Santa Maria. E-mail: raphael.salbego@gmail.com.
 - 3 Orientador. Graduado em Direito pela Universidade Franciscana de Santa Maria. Mestre em Ciências Criminais pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Advogado e professor da Faculdade de Direito de Santa Maria. E-mail: menezes@fadisma.com.br.

de Justiça. Direito Processual Penal.

Abstract: Recognized by Brazil in international treaties, the custody hearings were implemented in Brazil through Resolution No. 213 of 12/15/2015 of the National Council of Justice (CNJ) in 2015, emerging as a mechanism for maintaining fundamental rights. The project consists in presenting the prisoner, within 24 hours, to a judge in cases of arrest in the act, with the participation of the Public Prosecutor and Defense, so that he can be tried or have your freedom granted. Even with the implementation of the project in all federative units, its acceptance and application still simple when compared to its importance in the Criminal Procedure, mainly in the state of Rio Grande do Sul. In this direction, due to the importance of the theme, from a deductive methodology, will be able to understand how the implementation of custody hearings influenced the performance of justice agencies and raise hypotheses about their influence on data provided by CNJ.

Keywords: Custody Hearings, National Council of Justice, Criminal Procedure.

1 INTRODUÇÃO

No ano de 2015, o Conselho Nacional de Justiça editou a Resolução nº 213, a qual dispõe sobre a apresentação de toda pessoa presa à autoridade judicial no prazo de 24 (vinte e quatro) horas. Nessa senda, a audiência de custódia surgiu como um instrumento processual que visa internalizar princípios que já estavam insculpidos em tratados internacionais que o Brasil é signatário, como a Convenção Americana de Direitos Humanos e o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos.

O presente trabalho, portanto, possui como escopo analisar a incorporação da audiência de custódia no ordenamento jurídico brasileiro, tendo como norte promover uma averiguação do cenário prisional do Brasil para que seja possível compreender através de dados do CNJ de que forma a audiência de custódia alcança seu objetivo de reduzir o número de prisões com base na apreciação da adequação e da necessidade desta medida. Em síntese, a pesquisa visa solucionar a problemática que trata a respeito dos desafios para a aplicação das audiências de custódia no estado do Rio Grande do Sul, como um mecanismo eficaz para reduzir a população carcerária e resguardar os direitos fundamentais dos apena-

dos. Além disso, buscou-se suscitar hipóteses quanto a participação dos órgãos de justiça na instituição desse mecanismo.

Observa-se que a presente pesquisa é de grande importância, porque cada vez mais é relevante a incorporação de instrumentos e mecanismos, como a audiência de custódia, que visem a promover uma contenção do poder punitivo estatal, de modo que sejam resguardados os direitos fundamentais e as garantias individuais. É preciso, não só reconhecer a necessidade deste debate frente ao cenário atual do direito punitivo estatal e das condições do sistema carcerário brasileiro, mas realizá-lo de forma crítica e buscando soluções práticas que visem a possíveis melhoras para esta situação.

Para a construção da pesquisa, foi utilizado o método dedutivo de abordagem, uma vez que partindo da crítica e da análise das condições existentes no sistema carcerário brasileiro, buscou-se analisar os dados fornecidos pelo Conselho Nacional de Justiça, referente às audiências de custódia e a forma como estão sendo implementadas no Rio Grande do Sul. Ademais, como método de procedimento, foi empregado o histórico, visto que houve a investigação dos acontecimentos passados no que tange à pena criminal até os dias atuais, a fim de verificar a forma como hoje é aplicada pelo Estado, e também o monográfico, eis que com base nos dados analisados houve a apreciação de casos individuais que versam sobre a temática em questão. Igualmente, as técnicas de pesquisa utilizadas foram a documental e a bibliográfica, com a utilização de pesquisas e obras de outros autores sobre o tema. Ainda, optou-se por realizar a divisão do artigo em duas seções.

Neste particular, na primeira seção foi realizada uma breve análise histórica do desenvolvimento da pena criminal, investigando como houve sua humanização no decorrer do tempo, dos suplícios até a restrição de liberdade nos dias de hoje. Somado a isso, também se averiguou as condições do sistema carcerário brasileiro e da pena criminal, visto que um dos objetivos para implementação das audiências de custódia é reduzir o número de pessoas encarceradas, razão pela qual o estudo sobre as condições das cadeias e da pena se faz relevante.

Na segunda seção, foi realizada uma exposição do instituto da audiência de custódia, sendo feita uma investigação sobre seu conceito, como também de sua origem em tratados internacionais dos quais o Brasil é signatário. Após a delimitação do conceito da audiência de custódia e suas características, passou-se a análise dos dados fornecidos pelo Conselho Nacional de Justiça, para que a partir destes sejam feitas constatações no que tange à eficácia da aplicação dessas

audiências no estado em face dos objetivos propostos.

2 DIREITOS FUNDAMENTAIS E O SISTEMA PENAL: ABORDAGEM HISTÓRICA DA PENA CRIMINAL E SITUAÇÃO CARCERÁRIA BRASILEIRA

A partir do final do século XVIII e início do século XIX, os países do ocidente começam a adotar medidas graduais a fim de promover a extinção dos suplícios, punições em praças públicas e os castigos corporais característicos do direito penal canônico e do processo penal inquisitivo, local este em que o soberano poderia expor o seu poder de forma arbitrária e soberana (FOUCAULT, 2014, p. 13).

Na verdade, com o intuito de afastar os excessos de poder do Estado e instituir uma maior humanização às penas, estas sanções deixaram de assumir o caráter de um espetáculo fornecido à população sob aquele que infringiu a norma. A mudança de ideologia da época fez com que a execução pública do condenado fosse vista como uma fornalha em que se ascende a violência, na qual o cenário de selvageria acarreta ao carrasco ser visto como criminoso e os juízes como assassinos.

Diversos setores da sociedade europeia compartilhada deste pensamento, de modo que tanto filósofos, juristas, magistrados, parlamentares, dentre outros assinalavam que era preciso encontrar um outro meio de punir. O prosseguimento dos suplícios era intolerável por demonstrar, aos olhos do povo, a revelação do poder tirano e excessivo em face dos subordinados e uma desconstrução da vítima enquanto pessoa. (FOUCAULT, 2014, p. 73).

Oportuno ressaltar que este novo pensamento cultivado pela população europeia fez com que os suplícios não pudessem mais ser identificados como uma conduta racional ou lógica, já que o assassinato, que era apresentado como um crime horrível para a população, era cometido sem remorso pelos agentes públicos (BECCARIA, 1997, p. 87).

Exatamente por causa desta concepção de barbárie ocorrida pela aplicação das penas neste período, Luigi Ferrajoli assevera que (2002, p. 310):

[a] história das penas é, sem dúvida, mais horrenda e infamante para a humanidade do que a própria história dos delitos: porque mais cruéis e talvez mais numerosas do que as violências produzidas pelos delitos têm sido as produzidas pelas penas e porque, enquanto o delito costuma ser uma violência ocasional e às vezes impulsiva e necessária, a violência imposta por meio da pena é sempre

programada, consciente, organizada por muitos contra um.

Dessa forma, tem-se que tais práticas foram gradualmente sendo extintas e houve uma mudança na forma de punir, de modo que junto com a extinção dos suplícios, viesse a existir uma pena com caráter mais humano e civilizado. Como consequência a este novo pensamento adotado, a pena privativa de liberdade passou a ser vista como a principal medida repressiva penal, o que não ocorria anteriormente, eis que sua aplicação se limitava a ser como o local em que o indivíduo esperaria até receber a sentença final.

Nesta conjuntura, vislumbra-se a importância de percorrer, mesmo que de forma singela, o desenvolvimento existente para que a pena privativa de liberdade fosse vista como a pena principal do direito penal. Aliás, por mais que a restrição de liberdade naquela época não seja, de fato, nos mesmos moldes de como é aplicada atualmente, convém ressaltar que foi um passo importante para a incorporação gradual de medidas civilizatórias na seara penal, de modo que possa configurar formas de limitar o excesso do poder punitivo estatal.

Outrossim, antes de adentrar a uma análise de como se deu a incorporação do instituto da audiência de custódia no cenário nacional, observa-se um espaço para que seja abordada a situação das prisões neste mesmo contexto. Tal análise se justifica pelo fato de que é preciso ter um conhecimento do local em que se está trabalhando e, mais que isso, que a análise do instituto acima referido seja feita com base na realidade do sistema punitivo brasileiro.

Ao apreciar esta temática no cenário acadêmico brasileiro, é perceptível diversos trabalhos no sentido de identificar as falhas do sistema prisional brasileiro, suas ofensas aos direitos humanos fundamentais, a ausência estatal, dentre outras críticas ao modelo prisional. Contudo, é raro se ver críticas quanto a necessidade da existência da prisão. Nessa senda, Michel Foucault asseverou que (2014, p. 224):

E se, em pouco mais de um século, o clima de obriedade se transformou, não desapareceu. Conhecem-se todos os inconvenientes da prisão, e sabe-se que é perigosa, quando não inútil. Entretanto não “vemos” o que pôr em seu lugar. Ela é a detestável solução, de que não se pode abrir mão.

No século XX, a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil foi de suma importância para a garantia dos direitos fundamentais do cidadão, destacando-se como alicerce para a consolidação de um Estado Democrático de Direitos. O sistema jurídico brasileiro incorporou princípios como a Dignidade da Pessoa Humana e a Presunção de Inocência em suas cláusulas

pétreas, tornando a defesa dos direitos humanos individuais e transindividuais formalmente associada à sua Carta Magna.

Em face dessa responsabilidade de salvaguarda do bem maior que são os direitos fundamentais, o ilustre constitucionalista José Afonso da Silva preceitua (2009, p. 178):

Direitos fundamentais do homem constitui a expressão mais adequada a este estudo, porque, além de referir-se a princípios que resumem a concepção do mundo e informam a ideologia política de cada ordenamento jurídico, é reservada para designar, no nível do direito positivo, aquelas prerrogativas e instituições que ele concretiza em garantias de uma convivência digna, livre e igual de todas as pessoas.

Em todas as suas dimensões, os direitos fundamentais sempre estiveram ligados ao Processo Penal, pois este está diretamente interligado ao direito à vida, à liberdade e à dignidade. Importante ressaltar que a defesa dos direitos humanos é fundamental ao desenvolvimento de um sistema criminal coeso e racional, principalmente porque a garantia de princípios como a Dignidade da Pessoa Humana e a Presunção de inocência amplia a segurança jurídica do processo penal, tendo em vista o amparo das normas constitucionais.

Mais que isso, no âmbito penal observa-se que diversos são os direitos consagrados pela Constituição Federal visando resguardar àqueles que venham a ter sua liberdade tolhida. Aliás, a importância da defesa dos direitos fundamentais, individuais e coletivos, não é restrita apenas ao sistema penal, contudo, é essencial que a garantia da aplicação desses princípios esteja vinculada ao desenvolvimento do processo criminal, estendendo-se, necessariamente, durante o período de aplicação da pena.

No cenário prisional brasileiro observa-se que o número de pessoas privadas de sua liberdade possui um aumento anual, de modo que esta política de encarceramento em massa é inversamente proporcional às condições e às garantias fornecidas a estes indivíduos no interior das cadeias. Com isso, sob o pretexto de garantir a segurança e objetivar a defesa da ordem pública, o Estado atua com desdém aos direitos fundamentais dos apenados, permitindo diversas ilegalidades.

Em vista desta situação, a situação carcerária brasileira também já foi objeto de análise pela Anistia Internacional, a qual por meio de Informe declarou que, no que tange as prisões brasileiras: “Superlotação extrema, condições degradantes, tortura e outros maus-tratos foram registrados nos sistemas penitenciários adulto e juvenil, assim como em carceragens das delegacias de polícia” (ANISTIA

INTERNACIONAL, 2012).

Veja-se então que, por mais que a pena privativa de liberdade passe a ocupar o destaque como pena principal na seara criminal, deixando de lado a vingança e o castigo justificadores dos suplícios, para dar espaço às teorias legitimadoras da pena e promover uma maior humanização desta sanção com o devido respeito aos direitos fundamentais do apenado, visualiza-se que a ausência de atuação estatal e nítido descaso com a população carcerária demonstram a existência ainda pulsante dos sentimentos de ódio, vingança e castigo. No entanto, tais sensações não são demonstradas com castigos físicos, mas com omissões.

Com base na constatação de que a prisão é nitidamente um ambiente insalubre e incapaz de fornecer uma resposta ao problema da criminalidade existente no cenário brasileiro, alguns autores criticam as teorias legitimadoras da pena, aduzindo que estas possuem, na verdade, uma intenção de mascarar outros objetivos e tão somente reproduzir as estruturas de dominação, fazendo com que a pena se torne um elemento criminógeno, degradante, insalubre e uma violenta solução à criminalidade (KARAM, 2009).

A partir desta concepção de que o Estado não fornece condições mínimas aos apenados no interior dos estabelecimentos prisionais, funcionando como mola propulsora para maiores indícios de violência e criminalidade, fazendo com que a pena seja vista como elemento degradante e insalubre, é necessário promover medidas que limitem o *ius puniendi* estatal e possa idealizar mudanças para o cenário acima exposto.

A audiência de custódia, portanto, surgiu com o objetivo de reduzir o número de prisões desnecessárias, dando a possibilidade àquele que fora preso de ser encaminhado de forma célere perante um magistrado para que este possa analisar as circunstâncias do caso, a fim de apreciar determinados elementos, que não sejam propriamente o mérito da prisão. Assim, trata-se de um instrumento processual imprescindível na busca da defesa dos direitos fundamentais e proteção das garantias individuais dos que litigam na seara criminal.

Somado ao objetivo de solucionar o problema do encarceramento em massa nos presídios brasileiros, a adoção da sistemática das audiências de custódia também demonstra o ato de promover condutas e determinar ordens que compactuem com os conteúdos dos tratados internacionais que o Brasil é signatário.

Dessa forma, é importante reconhecer a relevância deste instituto em face dos inúmeros problemas elencados nesta primeira parte do trabalho no que tange

os presídios brasileiros, asseverando que as audiências de custódia representam uma nítida tentativa de humanizar a processualística penal, impondo medidas para limitar o excesso do poder de punir do Estado.

3 A AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA E O PROCESSO PENAL BRASILEIRO: OS DESAFIOS DA APLICAÇÃO DESSE INSTITUTO NO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

Consoante se viu anteriormente, o sistema prisional brasileiro é caracterizado, nos moldes apresentados atualmente, pela existência de um quadro crítico de violência constante e afronta massiva de direitos fundamentais, os quais são oriundos da falência de políticas públicas e falhas estruturais. Esta afirmativa é corroborada pelo Supremo Tribunal Federal, o qual, por meio do julgamento da ADPF 347 MC/DF, asseverou que o sistema penitenciário configura um estado de coisas inconstitucional (BRASIL, 2015).

Neste contexto, a necessidade de se estabelecer medidas que deem suporte a garantia dos direitos fundamentais dos frequentadores do sistema carcerário fez com que os países buscassem novas alternativas às diretrizes do processo penal tradicional. A partir da década de 60 este movimento foi mais intenso, de modo que diversos tratados internacionais que versavam sobre o tema dos Direitos Humanos foram firmados no mundo todo na tentativa de disseminar um sistema punitivo alternativo e voltado para além da punição do condenado, mas na proteção e preservação de suas garantias fundamentais.

É neste cenário que o instituto da Audiência de Custódia é inserido no sistema penal brasileiro, objetivando promover uma cultura de minuciosa análise quanto a necessidade do encarceramento, como também da proporcionalidade e razoabilidade na valoração das circunstâncias apresentadas. Neste momento, cabe ressaltar o conceito trazido pelo Defensor Público Caio Paiva sobre a temática (2015, p. 31):

O conceito de custódia se relaciona com o ato de guardar, de proteger. A audiência de custódia consiste, portanto, na condução do preso, sem demora, à presença de uma autoridade judicial que deverá, a partir de prévio contraditório estabelecido entre o Ministério Público e a Defesa, exercer um controle imediato da legalidade e da necessidade da prisão, assim como apreciar questões de maus tratos ou tortura.

A Constituição Federal e o Código de Processo Penal não possuem previsão expressa quanto a exigência da audiência de custódia nos casos de prisão,

limitando-se minimamente a garantir a comunicação da prisão em flagrante ao magistrado competente, sem nada dispor a respeito da apresentação imediata do imputado ou estabelecer um prazo para que esta apresentação seja efetuada.

Todavia, tem-se que o art. 5º, §2º da Constituição Federal prevê que os direitos e garantias previstos na Constituição não excluem outros decorrentes dos princípios por ela adotados ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte. (BRASIL, 1988).

No âmbito internacional, então, visualiza-se que a audiência de custódia se encontra prevista na Convenção Americana de Direitos Humanos, a qual foi ratificada pelo Brasil e, inclusive, internalizada no ordenamento jurídico interno por meio do Decreto 678/92. Com isso, este tratado internacional, também denominado de Pacto de San José da Costa Rica, determina em seu art. 7º, item nº 5, que (CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 1969):

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

Seguindo nesta perspectiva, o Pacto Internacional Sobre Direitos Civis e Políticos também aprecia a questão. Esta diretriz foi internalizada no ordenamento jurídico por meio do Decreto 592/92 e, da mesma forma como visto anteriormente, seu art. 9º versa a respeito da condução do preso detido a uma autoridade judiciária em um tempo razoável (PACTO INTERNACIONAL SOBRE DIREITOS CIVIS E POLÍTICOS, 1992):

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.

Dessa forma, os tratados internacionais acima expostos, os quais o Brasil restou signatário contemplam a importância do tema, garantindo assim que estes acordos firmados no âmbito internacional sirvam como suporte legislativo para a implementação das audiências de custódia.

O projeto foi implementado formalmente pelo Conselho Nacional de Jus-

tiça (CNJ) através da Resolução no 213 de 15 de dezembro de 2015 e consistia na apresentação imediata do preso à autoridade judiciária competente, onde estarão presentes o Ministério Público e a Defesa do detido. Necessário pontuar que a audiência de custódia nos termos propostos pelo CNJ é o instrumento hábil para a análise da legalidade da prisão, da sua necessidade e adequação, como também verificar a existência de situações de maus tratos ou tortura no referido ato - tomando as providências cabíveis nesse caso.

Reitera-se o propósito do instituto das audiências de custódia, o qual aparece tanto como uma forma de evitar o encarceramento sem a devida necessidade, como também servir como resposta estatal para a superlotação de presídios e respeito aos direitos fundamentais e garantias individuais de todos aqueles que estão submetidos à seara penal. Sob a inteligência da Convenção Americana de Direitos Humanos e também do Pacto Internacional de Direitos Cíveis e Políticos, se percebe a exigência em se realizar a apresentação pessoal do detido, não permitindo a simples via documental ou ainda, estabelecer qualquer interpretação excludente ou minimizadora desse direito de presença ante o juiz (CORDEIRO, COUTINHO, 2018).

Acompanhando este objetivo de garantir uma prisão somente nos casos estritamente necessários e garantir a plena legalidade do ato de restrição de liberdade do indivíduo, Aury Lopes Júnior (2017, p. 82) coaduna com a ideia de que a audiência de custódia, também denominada “audiência de garantia” ou “audiência de apresentação”, visa, essencialmente, instituir o desenvolvimento de um procedimento de “humanização” do Processo Penal.

A apresentação imediata do cidadão preso em flagrante busca garantir a sua integridade física e psíquica, buscando evitar e a apurar os possíveis casos de violência policial e qualquer sinal de maus-tratos que possam vir a acontecer, de modo que as circunstâncias da prisão e os atos que determinarão sua legalidade devem ser apreciadas. Ademais, no momento da sua apresentação a autoridade judiciária, há determinação para que o imputado seja comunicado dos seus direitos constitucionais, como, por exemplo, o direito ao silêncio.

Nestes termos, assim ilustra Aury Lopes Júnior sobre a comunicação dos direitos inerentes a pessoa detida (2017, p. 78):

Mesmo sendo uma “entrevista”, deverá ser-lhe assegurado o direito de silêncio e também controlado o uso de algemas, nos termos do art. 8o, II, da Resolução e também da Súmula Vinculante 11 do STF. Deverá o juiz questionar as condições e circunstâncias em que ocorreu a prisão e também se foi dada ciência, ao preso,

de seus direitos fundamentais, especialmente o direito de consultar-se com advogado ou defensor público, o de ser atendido por médico e o de comunicar-se com seus familiares. Existe uma preocupação muito grande com a questão da violência e da tortura, determinando a Resolução 213/CNJ que o juiz indague ao preso sobre o tratamento recebido em todos os locais por onde passou antes da apresentação à audiência, questionando sobre a ocorrência de tortura e maus-tratos e adotando as providências cabíveis.

Além da matéria apreciada na audiência de custódia e a comunicação dos direitos ao detido, convém delinear que o prazo é um fundamento essencial para a eficácia da audiência de custódia. A resolução nº213 do CNJ estabeleceu o prazo de 24 (vinte e quatro) horas para apresentação à autoridade judicial competente. (BRASIL, 2015). Outrossim, destaca-se que a importância do prazo, consoante preceitua Néfi Cordeiro e Nilton Coutinho (2018, p. 80) se justifica pelo fato de que a demora impedirá os objetivos acima narrados, consistentes na constatação pessoal pelo juiz do estado físico do preso, dentre demais elementos que possam ser perceptíveis.

A partir de 2015, através da Resolução nº 213 do CNJ, tornou-se obrigatória a realização da solenidade nos casos de prisão em flagrante e, em decorrência da previsão no art. 13 da referida resolução também nos casos de prisão cautelar e definitiva (BRASIL, 2015). Com o intuito de analisar o resultado prático da incorporação das audiências de custódia em uma perspectiva nacional, o Conselho Nacional de Justiça elaborou um levantamento anual dos dados a respeito dos resultados que as audiências de custódia trouxeram para o sistema jurídico no país, levando em consideração o número de audiências que resultaram em decretação da prisão preventiva do imputado ou em liberdade provisória (com ou sem aplicação de medidas alternativas), além dos casos onde houve alegação de violência no ato da prisão (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2017).

Ressalta-se que as estatísticas aqui consideradas foram levantadas até junho de 2017, levando em consideração as audiências realizadas no Brasil, com competência tanto da esfera estadual quanto federal. Em uma primeira análise a nível nacional, constatou-se que das 258.485 audiências de custódia realizadas no período delimitado, 115.497 (44,68%) resultaram em liberdade provisória e 142.988 (55,32%) resultaram em decretação da prisão preventiva. Além disso, em 12.665 (4,90%) casos houve a alegação de violência e maus tratos por agentes policiais no ato da prisão (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2017).

Efetivamente, os números dos dois primeiros anos de implementação do projeto das audiências de custódia no Brasil surtiram um efeito significativo na

esfera criminal brasileira, principalmente na tentativa de combater o encarceramento em massa e os casos de abuso de poder por parte da polícia. Necessário aduzir que por mais que o cenário penitenciário não tenha demonstrado tamanha diferença, vislumbra-se que quase metade dos casos analisados resultaram em medida diversa da prisão.

Todavia, na medida em que os dados passam a serem analisados a nível estadual verifica-se que o estado do Rio Grande do Sul não acompanhou o cenário positivo contatado sob a óptica nacional.

Segundo o levantamento dos dados fornecidos pelo CNJ, foram realizadas 6.769 audiências de custódia no Rio Grande do Sul, sendo que dessas apenas 1.026 (15,17%) resultaram em liberdade provisória, enquanto em 5.443 (84,83%) casos houve a decretação da prisão preventiva (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2017). Os dados referidos, por si só, destacam-se pelo fato de que destoam dos parâmetros nacionais.

Cumprе salientar que quando comparado a outros estados com dimensões populacionais relativamente menores, a discrepância é ainda mais significativa. Para exemplificar o exposto, vislumbra-se de forma ilustrativa o estado da Paraíba, com população cerca de três vezes menor que o Rio Grande do Sul, mas que já realizou 6.027 audiências de custódia, sendo que cerca 45% dessas resultaram em liberdade provisória – acima da média nacional e quase três vezes mais que o estado do Rio Grande do Sul.

Através destes números disponibilizados pelo Conselho Nacional de Justiça, é possível referir que o baixo número de audiências de custódia realizadas no estado do Rio Grande do Sul acaba por ocasionar uma dificuldade na constatação de ocorrências de violência ou qualquer outro excesso oriundo da atividade policial. Justamente pela ausência de sua realização se torna obstada a tarefa de analisar a legalidade das prisões efetuadas, como também dificulta o objetivo de reduzir o número de encarceramentos, visto que a decisão do magistrado segue sendo proferida sem contato com o acusado após a prisão.

No mesmo sentido, cumprе referir que o Rio Grande do Sul é o estado com os piores índices nos casos de concessão de liberdade provisória, apresentando uma porcentagem de 15% (quinze por cento) de liberdades provisórias após a audiência de custódia. Aliás, este número é bem inferior ao penúltimo colocado da lista, o estado de Pernambuco, o qual apresenta um percentual de 38% (trinta e oito por cento) dos casos resultando em liberdade provisória (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2017).

A partir do momento que estes dados são trazidos à tona, é perceptível uma realidade diversa do Estado do Rio Grande do Sul e um destaque negativo em face dos objetivos traçados com a implementação do projeto das audiências de custódia. Neste norte, é questionável se está existindo uma cooperação entre os órgãos do Poder Judiciário a fim de que exista, de fato, um procedimento que seja cumprido e não meramente tratado como um ato burocrático. Em razão das inconsistências encontradas em torno da dificuldade da implementação das audiências, alguns autores estipulam que sua exigência deveria vir por meio de lei, para que assim se concretize sua obrigação. Este é o entendimento lançado por Aury Lopes Junior (2017, p. 82):

Mas uma última advertência: precisamos da implantação da audiência de custódia em todas as comarcas do Brasil (e não apenas nas capitais) sob pena de grave quebra de igualdade de tratamento; e também precisamos de uma lei que discipline a matéria. Atualmente estamos vendo os Estados legislares (violando a reserva da União para legislar em matéria processual penal) à *la carte*, ou seja, sem uniformidade. Trata-se de respeitar a reserva de lei.

Conforme destacado anteriormente, atualmente, a violação dos princípios constitucionais, consagrados pelo nosso Texto Constitucional e pelos tratados internacionais assinalados, é flagrante. O sistema carcerário brasileiro não consegue dar amparo e garantir a mínima dignidade aos seus partícipes, e os métodos tradicionais adotados já não são eficazes para lidar com essa seara. Aliado a isso, o conservadorismo ideológico impera nos nossos tribunais, o que implica em uma dificuldade ainda maior na aplicação de medidas alternativas para o processo penal. Isso reflete os dados alarmantes destacados nesse trabalho, principalmente no tocante ao estado do Rio Grande do Sul, destaque negativo a nível nacional referente a temática das audiências de custódia.

Este instituto é um instrumento processual fixado e incorporado ao direito nacional, de modo que sua concretização deveria se dar de imediato em todo o país. Não obstante, convém ressaltar que a ausência do cumprimento desta regra, deveria gerar nulidade processual, visto que descumprindo o preceituado em tratados internacionais e, conseqüentemente, a Constituição Federal. Porém, esta compreensão não foi adotada pelo Superior Tribunal de Justiça, o qual por meio do HC 363.278/SP, asseverou que não havia nulidade a ser alegada em decorrência da ausência de apresentação do preso ao juízo de origem (BRASIL, 2016).

Em vista disso, constata-se que a implementação das audiências de custódia foi realizada visando funcionar como um elemento essencial para salvaguardar os

direitos dos presos e promover o exercício, de forma efetiva, dos direitos fundamentais assegurados pelo ordenamento jurídico. Interessante, nesse sentido, assegurar que caso não haja comprometimento dos órgãos públicos para a concretização deste procedimento, como se vê nos dados apurados, é ter a concepção de que se está negligenciando com a realidade do sistema carcerário, assumindo a responsabilidade de se ter um sistema violento, retrógrado e insuficiente.

4 CONCLUSÃO

A partir do momento em que se visualiza o cenário de imenso descaso com o sistema carcerário brasileiro, sendo hoje um ambiente que não cumpre seus supostos objetivos, mas tão somente ascende a violência e o ódio dos presos, é notória a necessidade de tornar o processo penal mais humano, respeitoso e digno com os direitos fundamentais e garantias individuais daqueles que mitigam nesta seara.

Dessa forma, a implementação das audiências de custódia se mostra como um caminho a ser percorrido para que se possa seguir em uma luta pela manutenção dos direitos dos presos, visto que o cárcere não deveria suprimir nenhum direito ao apenado que não fosse a sua liberdade.

Nessa senda, por meio da Resolução nº 213 do Conselho Nacional de Justiça, a incorporação da audiência de custódia no cenário nacional foi um importante marco a fim de impor limites aos excessos oriundos do poder punitivo estatal, como também estabelecer metas quanto a situação prisional no Brasil. Somado a isso, também oportunizou-se alinhar a posição do Brasil com os demais países que também são signatários da Convenção Americana de Direitos Humanos e o Pacto Internacional de Direitos Cívicos e Políticos, de modo que os conteúdos preceituados em tratados internacionais também devem ser internalizados e interpretados de forma extensiva no que tange ao ato de adquirir direitos.

Nestes moldes, a audiência de custódia propicia o respeito às garantias estabelecidas pelo ordenamento jurídico, de modo que permite ao magistrado conhecer o preso, investigar a prisão efetuada, suas circunstâncias, além de realizar uma análise prévia da personalidade e necessidades do detido, definindo assim a necessidade de segregação ou não.

Igualmente, os dados fornecidos pelo Conselho Nacional de Justiça permitem ao receptor destes números analisar de que forma os agentes do Poder Judiciário estão lidando com este instituto, sendo possível encontrar destaques

positivos e pontos que merecem uma maior atenção, visto que caso não seja incentivada a obrigatoriedade das audiências de custódia, seus objetivos dificilmente serão atingidos, por negligência e falta de zelo com a situação prisional.

Por derradeiro, é inegável o fato de que as audiências de custódia representam um avanço no campo de concretização de direitos e deve ser assim compreendido tanto pelos tribunais, mas também pelos legisladores, sendo com base neste instituto ser garantida uma política de ponderação dos abusos punitivos e também contra prisões abusivas.

REFERÊNCIAS

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Tradução de J. Cretella Jr. e Agnes Cretella. 2. ed. Ver. E atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 04 de set. de 2019.

_____. **Código Penal. Decreto – Lei nº 2.848, em 7 de dezembro de 1940**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 22 out. 2019.

_____. **Decreto n. 592, de 6 de julho de 1992. Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm. Acesso em 05 de set. de 2019.

_____. **Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica)**. Decreto nº 678, promulgada em 6 de novembro de 1992. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm. Acesso em: 23 out. 2019.

_____. Conselho Nacional de Justiça. **Aprovada a resolução que regulamenta as audiências de custódia**. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/81192-aprovada-resolucao-que-regulamenta-as-audiencias-de-custodia>. Acesso em: 16 de out. de 2019.

_____. Conselho Nacional de Justiça. **Novo diagnóstico de pessoas presas no Brasil**. Disponível em: www.cnj.jus.br/images/imprensa/diagnostico_de_pessoas_presas_correcao.pdf. Acesso em: 30 de out. de 2019.

_____. Conselho Nacional de Justiça. **Estatísticas sobre Audiências de Custódia Nacional**. Disponível em: https://paineis.cnj.jus.br/QvAJAXZfc/opencvodoc.htm?document=qvw_1%2FPainelCNJ.qvw&host=QVS%40neodimio03&anonymous=true&sheet=shSISTAC. Acesso em: 30 de out. de 2019.

CORDEIRO, Néfi. COUTINHO, Nilton Carlos de Almeida. **A audiência de custódia e seu papel como instrumento constitucional de concretização de direitos**. Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito. Disponível em: <http://revistas.unisinos.br/index.php/RECHTD/article/view/rechtd.2018.101.06>. Acesso em 26 out de 2019

DA SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**; 32ª edição, revisada e atualizada, EC-57/2008; editora Malheiros – São Paulo, 2009.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: teoria do garantismo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir**: Nascimento da prisão; tradução de Raquel Ramallete. 42. Ed. Petrópolis, Rio de Janeiro: Vozes, 2014.

KARAM, Maria Lucia. **A privação da liberdade: o violento, danoso, doloroso e inútil sofrimento da pena.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal.** 12ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

_____. **Prisões cautelares.** 5ª ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Saraiva, 2017.

PAIVA, Caio. **Audiência de Custódia e o Processo Penal Brasileiro.** 1ª ed. São Paulo: Editora Empório do Direito, 2015.

MASI, Carlo Velho. **A audiência de custódia frente à cultura do encarceramento.** Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RTrib_n.960.05.PDF. Acesso em: 23 de out. de 2019.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA (STJ). HC 353.628/PR, Rel. Ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turma, julgado em 16/06/2016, DJe 28/06/2016.

PROVA TESTEMUNHAL E TEATRALIZAÇÃO ACUSATÓRIA: A SUBTRAÇÃO DE NARRATIVAS JUDICIAIS¹

Saulo Murilo de Oliveira Mattos

Resumo: A clássica afirmação dogmática de Elio Fazzalari de que processo é procedimento em contraditório pode ser concebida sob o fluxo de narrativas dialéticas e espirais. Enunciadores estatais (MP, DPE e PJ) e individuais (réu, vítima e testemunhas) propõem suas ideias com a expectativa de que o acertamento das questões fáticas e jurídicas se dê perfeitamente. Ocorre que o processo penal é, dentre outras possibilidades, um espaço de contação de histórias (Michele Taruffo). No papel ou através da oralidade, fatos são (re)contados pelos sujeitos processuais. Contar histórias, portanto, é ativar os dispositivos de memória e esquecimento que sobrevoam a metodologia probatória do processo penal. O artigo analisará a subtração de narrativas que pode ocorrer quando o inquérito policial é usado na instrução criminal como caderno de lembranças que retira a testemunha da ambiência acusatória e estabelece um marco narrativo inquisitório que se apossa das demais narrativas judiciais.

Palavras-chave: prova testemunhal; esquecimento; originalidade probatória;

Abstract: Elio Fazzalari's classic dogmatic claim that process is a contradictory procedure can be conceived under the flow of dialectical and spiral narratives. State (MP, DPE and PJ) and individual (defendant, victim and witness) enunciators propose their ideas with the expectation that the settlement of factual and legal issues will be perfectly done. It turns out that the criminal process is, among other possibilities, a space for storytelling (Michele Taruffo). On paper or orally, facts are (re) told by the procedural subjects. Storytelling, therefore, is to activate the memory and forgetfulness devices that fly over the probative methodology of criminal proceedings. The article will analyze the subtraction of narratives that may occur when the police inquiry is used in criminal instruction as a memoir that removes the witness from the accusatory ambience and establishes an inquisitive narrative framework that takes over the other judicial narratives.

¹ Saulo Murilo de Oliveira Mattos, promotor de justiça do Ministério Público da Bahia e mestre em Direito pela UFBA, professor de processo penal da pós-graduação em Ciências Criminais da UCSAL.

Keywords: testimonial evidence; forgetfulness; probative originalit

1 INTRODUÇÃO

No processo penal brasileiro, divulga-se a ideia de que, probabilisticamente, pode-se, com chances semelhantes, após a instrução probatória, obter uma sentença penal condenatória ou de absolvição. Numa estatística básica, ficaria 50 % para cada sorte processual. Essa hipotética distribuição igualitária de oportunidades processuais não corresponde à realidade. Por isso, soa como uma ficção legal, algo que se sustenta somente se considerado o princípio da legalidade penal e processual abstratamente. Ao se debruçar sobre os processos penais corporificados em autos digitais, principalmente os que se referem a fatos criminais ordinários (roubo, tráfico de drogas, furto etc), é impossível negar a seletividade (racial, econômica, social, de gênero) do sistema de justiça criminal. Os últimos dados do Infopen informam que o Brasil é o terceiro país que mais condena, contando-se com 726 mil encarcerados².

Materialmente, a partir das relações de poder que são observadas no processo penal, em que, apesar de um Ministério Público e Poder Judiciário solidificados institucionalmente, a Defensoria Pública encontra-se em processo de estruturação, o ponto de partida de análise da estrutura processual penal brasileira é de desigualdade ontológica entre os sujeitos processuais. Nunca foi igualitário o processo penal brasileiro, mesmo com a garantia constitucional da presunção de inocência (art. 5, LVII, CF/88). O processo penal do dia a dia tende a condenar. A tradição inquisitória persiste e é fortíssima.

A técnica processual, ainda que preocupada com a conformidade constitucional e o controle de convencionalidade das leis processuais penais, não consegue garantir, na prática, um procedimento penal acusatório, porque trejeitos inquisitórios dominam o espaço forense. De fato, a Justiça Penal é um campo social entrecruzado por relatos históricos e tradições, sendo que as tentativas de superação de um modelo inquisitorial se dão a partir de duelos de práticas acusatórias e inquisitórias até que tradições acusatórias possam efetivamente se firmar. (BINDER, 2002, p. 6). Também por isso é importante pensar o processo penal como campo de histórica e inacabada afirmação de direitos humanos. (COMPARATO, 2015, p. 24-48)

Nítido exemplo é a possibilidade, resistente às reformas processuais penais

de 2008, de os elementos informativos colhidos na investigação serem utilizados como suporte probatório, complementar à prova produzida em juízo, para fundamentação das decisões penais (art. 155 do CPP). No espaço das práticas judiciárias inquisitórias, a centralização do inquérito policial como referência de produção probatória em audiência fomenta retrocessos inquisitórios em contraste com qualquer alteração legislativa estabelecida para garantir o devido processo penal acusatório. Nos tópicos seguintes, o breve relato de um caso penal servirá como ponto de partida empírico para relacionar sistema acusatório e produção da prova testemunhal.

2 SISTEMA ACUSATÓRIO E GESTÃO PROBATÓRIA

A demarcação de cada lugar a ser ocupado pelo sujeito processual no procedimento criminal que se espera seja realizado em contraditório é uma das afirmações mais repetidas para se defender que no Brasil o sistema processual é acusatório. Acusação cá, defesa do lado lá e o suposto juiz imparcial. A fixação doutrinária nessa tripartição de funções processuais, vista inicialmente como significativa evolução na arqueologia das grandes narrativas processuais penais, a indicar a passagem do tempo autoritário para o democrático, pode se tornar um obstáculo cognitivo a que se perceba deturpações inquisitórias

Como as funções de acusar, defender e julgar foram atribuídas a sujeitos processuais distintos, chegou-se a pensar que a obra acusatória estava acabada, que nada mais, tirando-se pequenos ajustes do maquinário judiciário, precisaria ser feito, porque o sistema acusatório estava bem posto e amparado pela Constituição. Alguns suspiraram: constitucionalizou-se o processo penal! Em certo e considerável nível de intelecção, esse mote doutrinário vingou.

Os estudos desenvolvidos por comparatistas processuais penais (Mirjan Damaska, Maximo Langer, Lorena Bachmaier Winter, entre outros) e o próprio processo de formulação crítica da doutrina processual penal brasileira em relação ao sistema acusatório (Jacinto Coutinho, Geraldo Prado, Aury Lopes, Nereu Giacomolli), no entanto, apontaram que muito mais precisaria ser dito sobre as matérias processuais penais e que o trabalho conceitual sobre o sistema acusatório seria um devir constante na doutrina processual penal.

Passado o encantamento com a promessa constitucional de um devido processo penal, que pouco se concretizou, percebeu-se como esse reducionismo conceitual de definir o sistema acusatório apenas como a atribuição de funções processuais a sujeitos distintos foi maléfico à efetiva implantação do sistema acu-

satório, já que houve o esquecimento de outras características relevantes que merecem ser destacadas.

Mais uma vez, a cultura inquisitória brasileira sobrepôs-se à aspiração constitucional democrática e, utilizando-se da roupagem e linguagem próprias de uma concepção de sistema acusatório, se infiltrou nas possibilidades legislativas de materialização acusatória do processo penal e incandesciu as clássicas práticas inquisitórias. Recorde-se dos reformados textos do art. 155 e 156 do CPP. O projeto do novo Código de Processo Penal (PL 8045/10) encontra, em regra, viabilidade de tramitação quando consegue, depois de certos acordos entre os discursos parlamentares, a aderência de dispositivos inquisitórios, embora as funções de acusar, defender e julgar continuem vinculadas a sujeitos distintos.

Jacinto Nelson de Miranda Coutinho (2018, p. 113-135), sempre ele, é determinante para ir além e dizer que no processo penal o núcleo fundante do sistema acusatório é a gestão probatória. Deve-se perguntar a cargo de quem está o aporte probatório no processo penal. Ele enfatiza que o sistema acusatório é o fundamento dos fundamentos do processo penal. Se o juiz é o protagonista da cena probatória, o sujeito de superpoderes probatórios ou uma espécie de cuidador das deficiências probatórias de cada parte para supri-las quando ao seu critério entender oportuno, de nada servirá essa repartição de funções processuais que tanto se anuncia. A imparcialidade estará comprometida, bem como a dialeticidade processual que se espera dessa repartição funcional no processo. Por isso, ao se analisar a gestão probatória no processo penal brasileiro, sintetiza que o nosso sistema processual penal é inquisitório.

O sistema acusatório, portanto, deve ser verificado a partir da dinâmica processual penal, da capacidade de vigilância técnico-jurídica de cada sujeito processual em relação ao outro, da possibilidade efetiva de contraste processual para que dinamicamente os lugares processuais sejam estabelecidos. O sistema acusatório se fará presente desde que estabelecido um constrangimento saudável entre os sujeitos processuais, desde que cada um saiba qual seu estatuto jurídico processual, mas também o do outro sujeito, para então afirmar: - isso não lhe cabe no processo!

A se considerar, por hipótese, que a legislação processual penal brasileira é de pura conformidade constitucional com o sistema acusatório, ter-se-ia ainda o imenso desafio de se inventariar práticas judiciais inquisitórias, problematizá-las ao máximo para se aferir o grau de lesividade à acusatoriedade processual penal inspirada na Constituição e pensar em mecanismos de extirpá-las ou neu-

tralizá-las na dinâmica processual penal.

Escolheu-se apenas um dos múltiplos exemplos de práticas inquisitórias observadas na prática forense para observar a sua potencialidade lesiva à formação de uma estrutura acusatória ainda onírica. Trata-se da produção da prova testemunhal. Um caso forense avivará a presente reflexão.

3 RELATO DE UM CASO PRÁTICO

Para desenvolver a proposta deste artigo, concebe-se como questão de partida a ideia de que a separação das funções de acusar, defender e julgar não garantem a acusatoriedade processual penal, e, além disso, uma interpretação reducionista desse tripartição funcional impede a vigilância sobre práticas inquisitórias, a exemplo da utilização do inquérito policial como caderno de lembranças postos à disposição dos sujeitos processuais na produção probatória testemunhal.

Relate-se o caso:

A. S. C e D . L. N foram acusados pela prática de furto qualificado por concurso de pessoas. O fato foi cometido no ano de 2013, tendo sido subtraída a quantia de R\$. 5.800 de um escritório de contabilidade. Foram presos em flagrante por dois policiais militares, os quais foram arrolados como testemunhas pelo Ministério Público. A defesa não arrolou testemunhas. O acusado A . S. C. estava assistido por advogado particular. D. L. N está assistido pela Defensoria Pública. Determinada a soltura dos acusados, a instrução foi realizada em 2019, isto é, 6 anos depois da consumação do crime. Iniciada a instrução, o promotor de justiça desenvolve suas perguntas ao primeiro policial militar, que já começa respondendo **que não se lembra muito bem do fato, que faz muito tempo, que de lá para cá foram várias diligências, que não se recorda como chegou a prender os acusados, que se lembra que com o acusado “A.S.C” foi encontrada uma boa quantia em dinheiro, embora não soubesse especificar o valor, que não tem muitos detalhes na mente.** Repete constantemente que não se lembra dos fatos. A Defensoria Pública, por sua vez, pergunta se ele se lembra de alguns detalhes do fato, ao que a testemunha responde que não, mas que se lembra de ter prendido primeiramente o réu “A.S.C”. O advogado particular, percebendo os esquecimentos e contradições da testemunha, as quais, segundo sua ótica, não favorecia sua linha de defesa, diz à testemunha que ela informou no inquérito policial que havia prendido “D.L. N” primeiro e que só depois, com as informações que lhe foram passadas por D. L. N, conseguiu prender AS. C. A testemunha policial começa a ficar mais confusa e a repetir que não se lembra bem dos detalhes. O advogado inicia a leitura em audiência do depoimento prestado no inquérito policial para ao final lhe perguntar se confirmaria sua assinatura e o depoimento realizado em delegacia. Antecipando-se à conclusão dessa estratégia defensiva, o promotor de justiça usa expressão “pela ordem, Excelência” e suscita a inviabilidade de produção da prova testemunhal a cargo da defesa de A. S. C, **porque a leitura do depoimento policial em audiência seria uma mera confirmação dos elementos informativos produzidos em inquérito policial, quando não houve contraditório, ampla defesa**

e presença do Poder Judiciário. Como resposta, a defesa disse que o Ministério Público era vezeiro em proceder dessa forma. O juiz encaminhava-se para não acolher a interferência processual do Ministério Público, quando a Defensoria Pública alinhou razões de apoio à intervenção do Ministério Público. O juiz acabou por acolhê-las e vedou-se a possibilidade de leitura confirmatória do depoimento prestado pela polícia, podendo a defesa seguir perguntadas livres, não meramente confirmatórios do que foi produzido na fase investigativa. Em um segundo momento, na oitava da segunda testemunha, a assistência de acusação tentou se valer do mesmo expediente recordatório, usar a possibilidade de simples confirmação do depoimento policial. O Ministério Público e a Defesa se opuseram e o processo seguiu normalmente.

O episódio narrado permite várias análises dogmáticas. A primeira delas é que o acoplamento do inquérito policial ao processo judicial obstaculiza a originalidade da produção probatória. Tudo aquilo que poderia ser, de fato, contemporâneo à instrução processual, com as vicissitudes inerentes a essa fase processual, padece de retrocesso procedimental. O inquérito, escancaradamente, centraliza o procedimento penal sem precisar se referido em ata de audiência, pronunciamentos das partes e decisões judiciais o registro de que ele efetivamente foi usado como anteparo para a produção de provas testemunhais, confissões e documentais, a partir das quais será formado o motivado convencimento dos sujeitos processuais até que se alcance o ápice procedimental, a sentença. Dessa forma, o inquisitório subjaz e constitui o procedimento judicial, que parece ser contraditório e dialético, porém cortado de ponta a ponta pelo inquisitorialismo. Logo, é falsamente acusatório, um simulacro. Perdem-se as possibilidades de controles epistêmicos da produção da prova oral.

De fato, a utilização do conteúdo do inquérito como forma de referenciar a atuação dos sujeitos processuais é característica que, na *praxis* forense, se apresenta, normalmente, para o Ministério Público, que é quem acompanha as investigações, requer diligências ou conduz a própria investigação formalizando-se a instauração dos denominados procedimentos investigatórios criminais. Por isso, na prática, a fim de obter a fidedignidade do que foi declarado no inquérito policial, instaurado em tempo próximo à consumação delitiva, o Ministério Público toma para si a equivocada possibilidade de ler, por inteiro, os depoimentos policiais ou apenas solicitar a confirmação em Juízo da assinatura do depoente. Com esse proceder, torna-se mais fácil se desincumbir da carga probatória que lhe cabe e resgatar, com mínimos detalhes, a memória – a própria e a do depoente – sobre o fato consumado no passado, mesmo quando ultrapassados vários anos da data do delito.

Todavia, o uso do inquérito para a produção da prova testemunhal não

é menos danoso ou menos inquisitivo quando usado pela defesa. Nem se deve pensar também na possibilidade do jogo de compensações de comportamentos processuais: se o Ministério Público usa o inquérito, a assistência, a defesa e o juiz também podem. O principal é que se evite a utilização do inquérito policial por qualquer sujeito processual, crie-se um procedimento apartado para a produção de provas irrepetíveis e técnicas, garantido o contraditório desde já, cujo material probatório produzido deverá ser apensado ao processo em andamento. Controle-se, assim, a higidez procedimental e afasta-se a possibilidade de contaminação inquisitória do processo com atos investigativos.

Aury Lopes (2016, p. 306) destaca que:

A originalidade é alcançada, principalmente, porque se impede que todos os atos de investigação preliminar sejam transmitidos ao processo – exclusão de peças -, de modo que os elementos de convencimento são obtidos da prova produzida em juízo. Com isso, evita-se a contaminação e garante-se que a valoração probatória recaia exclusivamente sobre aqueles atos praticados na fase processual e com todas as garantias.

Somente através da exclusão do inquérito dos autos do processo é que se evitará a condenação baseada em meros atos de investigação, ao mesmo tempo em que se efetivará sua função endoprocedimental. Enquanto isso não ocorrer, entendemos que os elementos oferecidos pelo IP – à exceção das provas técnicas e das produzidas através do incidente de produção antecipada (ante o juiz – não devem ser valorados na sentença e tampouco servir de base para uma condenação, ainda que sob o manto falacioso do ‘cotejando com a prova judicial’

O uso do inquérito policial na fase de produção probatória abala a engrenagem acusatória. É um defeito estruturante, que tem sido tratado na prática como algo acessório. Esse defeito mexe com o tempo do processo, a dialeticidade e originalidade processual penal e a subjetivação processual dos sujeitos processuais. Corrompe o devido processo penal, algo extremamente preocupante quando se verifica que a prova testemunhal é a base de material cognitivo de maior parte das decisões judiciais.

4 PROVA TESTEMUNHAL E A SUBTRAÇÃO DE NARRATIVAS JUDICIAIS

Acatar a definição de processo penal como procedimento em contraditório (Elio Fazzalari) é proporcionar a base conceitual sobre qual podem se desenvolver epistemologias criminológicas, político-criminais e processuais penais propriamente ditas compatíveis com centralidade constitucional dos direitos e garantias

fundamentais. Seja qual for o referencial teórico usado para lê-lo, o processo penal contemporâneo terá como ponto de partida a respeitabilidade ao devido procedimento e à possibilidade de as partes participarem efetivamente da dinâmica processual, com acesso à informação e potencial de influenciar na formação das decisões penais.

Além dos riscos exógenos que o envolvem, pensa-se a epistemologia da incerteza no processo penal quanto às possibilidades epistemológicas para o desenvolvimento da atividade probatória: processo penal como jogo, processo penal como guerra, processo penal como nadificação do indivíduo ou técnica racista de implementação punitiva estatal, processo penal como mecanismo restaurador da dignidade ou centro gravitacional de atos cooperativos.

Para anteder ao propósito de se analisar as consequências decorrentes da utilização do inquérito policial na colheita dos depoimentos testemunhais, adota-se a conceituação de que o processo penal é um procedimento em contraditório com marcos narrativos sucessivos e dinâmicos – acusação, defesa, peritos, testemunhas, juiz. Isto não significa reduzi-lo a uma única concepção teórica que o percebe como desdobramento de uma teoria narrativa judicial. Ao contrário, é instrumental para que se possa avaliar o alto grau de lesividade ao sistema acusatório que o uso do inquérito produz quando referenciado em práticas de colheitas de depoimentos testemunhais. Nesse particular, o inquérito fulmina, de imediato, a enunciação do conteúdo e seu enunciante. Surge, então, uma cadeia sucessiva de sujeitos processuais silenciosos que simulam falas cujas possibilidades efetivas de enunciação livre foram subtraídas a partir da primeira oitiva judicial *inqueritorializada*.³

Ao tratar das narrativas judiciais e considerar os participantes do processo penal, de modo geral, como contadores de histórias com pretensões de veracidade que oscilam a depender da relação entre o enunciante e necessidade de determinar a verdade do contexto fático sobre qual recairá a discussão jurídica e a atividade probatória, Michelle Taruffo (2007, p. 233) considera que os enunciadores do processo penal podem ser vistos como contadores de histórias (*story-telling*), narrações que integram o contexto processual. Jordi Fenoll (2010, p. 234) enfatiza que, quanto à obtenção de informações das testemunhas, a técnica mais apropriada é a narrativa, que com poucas interferências do entrevistador (sujeito processual) deixa a testemunha à vontade para emitir declarações que constituem

3 Neologismo usado para exemplificar o poder estruturante do inquérito policial na formação do procedimento judicial.

uma narrativa judicial.

Dito isso, as indevidas práticas probatórias inquisitorializadas, a exemplo da leitura parcial dos depoimentos policiais, leitura total dos depoimentos policiais sob a condição irrecusável de confirmação de depoimento ou a solicitação de confirmação da assinatura constante no termo de depoimento policial, fulminam a originalidade do depoimento testemunhal, aniquilam a possibilidade de o enunciante-testemunha emitir uma narrativa efetivamente contemporânea ao momento processual – a instrução – e integrada às vicissitudes do decurso do tempo que recaem sobre a memória humana. A leitura confirmatória do depoimento policial, que foi produzido em fase sabidamente sem contraditório, artificializa a produção da prova testemunhal.

Essas supostamente inofensivas práticas corroem a dialeticidade discursiva do processo penal, porque condicionam e aprisionam todas as narrativas posteriores dos sujeitos processuais que terão, do ponto de vista das inferências probatórias, suas falas amarradas ao dispositivo inquisitório. O uso do inquérito, nessa condição, opera como um golpe de cena na acusatoriedade penal e subtrai, por conta desse aprisionamento inquisitorial, as construções narrativas posteriores dos sujeitos processuais (requerimentos, alegações finais, sentença etc) que se apoiem nessa base probatória, o que é a regra. Falarão no processo através dos atos processuais que lhes cabem: as falas serão, todavia, silêncios confirmatórios das conclusões do inquérito policial traduzidas para o processo através de oitivas irregulares das testemunhas.

O art. 204 e parágrafo único do Código de Processo Penal assegura que o depoimento será prestado oralmente, não sendo permitido à testemunha trazê-lo por escrito. Não será vedada à testemunha, entretanto, breve consulta a apontamento. Observe-se que quando se permite que a testemunha apenas confirme o teor de depoimento escrito realizado na fase inquisitorial, essa situação se assemelha à condição de a testemunha trazer por escrito o seu depoimento, o que é vedado por lei. Nesse ponto, não há como contemporizar, porque a violação à acusatoriedade processual penal é intensa.

Outra consequência dessa subtração de narrativas judiciais é a dessubjetivação dos sujeitos processuais⁴. Se o sujeito que pode narrar sua história processual não consegue, de fato, enunciar livremente seu pensamento, porque aprisionado

4 A expressão usada retira inspiração na explicação formulada pelo filósofo Giorgio Agamben (2009, p. 40), que ao reinterpretar a noção de dispositivo de Michel Foucault, identifica como os dispositivos capitalistas operam processos de subjetivação e dessubjetivação com certa tranquilidade, equiparando o indivíduo a um número. Possível sugerir a ideia que as práticas inquisitórias operam como dispositivos que impedem a individuação do sujeito processual desde uma matriz constitucional comprometida com o devido processo penal.

à pedra inquisitória que lhe fez refém no processo judicial em andamento - o inquérito policial, tem-se que está perdido no processo. Suas construções teóricas e probatórias só se darão a partir de um momento procedimental inquisitorial do qual, em regra, não teve oportunidade de participar. Não consegue exercer um olhar crítico, posto que está sob a certeza da cegueira inquisitória, retira-se-lhe, em última instância, sua capacidade de deliberar a partir de marcos teóricos acusatórios, pois sua mente foi capturada pelo dispositivo investigativo inquisitório, não consegue problematizar e recusar a utilização indevida do inquérito como guia pré-moldado das oitivas de testemunhas em Juízo. Se assim é, torna-se sujeito processual inapto para exercer a função que lhe cabe no processo acusatório. Aceita a teatralização do devido processo penal.

Com a subtração narrativa efetivada, tudo passa a ser teatro mambembe, ainda aqui se diga que o processo penal é de partes e que o juiz estava lá em sala de audiências equidistante dessas partes. Garantias processuais desnaturam-se, com destaque para o esvaziamento total do contraditório. Não se poderá dizer que houve contraditório sobre um fonte probatória cuja narrativa judicial decorre de uma pré-fabricação inquisitorial.

Outro consequencialidade negativa do uso do inquérito policial para produção de depoimentos testemunhais “fidedignos” é a perversa alteração do tempo processual. Testemunhar também é esquecer. A memória é maleável e está sujeita a diversos eventos que interferem em sua dinâmica e contribuem para o esquecimento dos fatos (LOFTUS, 1944, p. 63). O tempo transcorrido integra o processo e a produção probatória.

Ao se reavivar os fatos para uma testemunha, com a leitura de seu depoimento na fase inquisitorial ou até mesmo da íntegra da denúncia, interfere-se na gestão do tempo do processo, porque um caso judicial que demorou anos para ser julgado, e deveria ser julgado considerado esse abissal transcurso do tempo, terá a possibilidade de ser analisado como se o fato tivesse consumado no dia anterior, pois as testemunhas terão a viva memória do que ocorreu, repetindo ou confirmado o que lhe foi narrado por uma das partes.

Por isso, William Weber Ceconello, Gustavo Noronha de Avila e Lilian Milnitsky Stein (2018, p. 1064) defendem que a prova testemunhal, por ser dependente da memória, deve ter tratamento jurídico semelhante ao previsto para o regramento processual das provas irrepetíveis. Evita-se que o decurso do tempo provoque deteriorações na memória indesejáveis à determinação processual dos fatos. De pensamento semelhante, Vitor de Paula Ramos (2018, p.134) pondera

que, valendo-se de profissional capacitado, “uma das formas mais eficientes de evitar que a testemunha pudesse ser influenciada” seria “colher depoimentos o mais próximo possível do momento dos fatos”.

Quebra-se a justiça temporal do processo: o eterno retorno à inquisição. Nesse cenário, a condenação será sempre a solução mais provável. Diversamente, se o processo fosse julgado considerado o estado em que se encontra, com testemunhas revelando seus possíveis esquecimentos, lembranças parciais, cogita-se a possibilidade de dúvida sobre pontos relevantes que, pela regra de julgamento fulcrada no princípio da presunção de inocência (art. 5, LVII, CF/88) – o *in dubio pro reo* -, pode resultar em absolvição.

O processo que teve a duração razoável violada pelo excesso de trâmite na Justiça Criminal (art. 5, LXXVIII, CF/88) e, conseqüentemente, com mora na produção probatória, terá essa evidência temporal negada, aí está uma segunda violação da duração razoável do processo, pela construção pré-fabricada de depoimentos testemunhais, a corroborar aquele senso popular de que “a Justiça tarda, mas não falha”, quando o certo seria dizer que a Justiça tarda, falha e essa falhas podem dar uma solução menos afitiva a quem se encontra como réu. É o mínimo de compensação: respeitar a interferência do tempo na produção probatória testemunhal e integrá-la como critério de justiça na produção da decisão final. Por isso, a subtração de narrativas judiciais, na forma caracterizada acima, representa uma violação à duração razoável do processo, que, do ponto de vista probatório, é percebido e sentido como se o fato tivesse sido consumado há poucos dias. Com razão Daniel . R. Pastor (2004, p. 51), quando diz que um dos problemas mais importantes a que se enfrenta no direito processual penal é a duração do julgamento, que neutraliza o princípio da presunção de inocência.

A inqueritorialização da produção probatória oral, em especial a testemunhal, objeto de análise no presente artigo, representa a negação de tantos outros princípios que devem reger a produção probatória no sistema processual penal acusatório, o princípio da imediação, da oralidade, do contraditório, e mostra como, apesar de avanços dogmáticos na temática provas (novas epistemologias da verdade, standards probatórios, ênfase na valoração racional da prova, protocolos rigorosos para o reconhecimento de pessoas etc), questões propedêuticas ainda precisam ser resolvidas no processo penal brasileiro, como a presença do inquérito policial no processo judicial, que nulifica de antemão qualquer prática processual que almeje elevar o nível de discussão dogmática no processo penal para que sejam evitadas condenações erradas.

5. CONCLUSÕES

Algumas primeiras conclusões podem ser alinhavadas. A presença do inquérito policial no processo judicial transforma a incerteza epistemológica do processo penal em certeza epistemológica inquisitória. Percebe-se que, em medida considerável, a problematização doutrinária está direcionada à faculdade de o juiz utilizar elementos informativos contidos no inquérito no momento de sentenciar (art. 155 do CPP). Existe um problema mais grave, representado pela usurpação da ambiência acusatória através da colheita de depoimentos testemunhais judiciais *inqueritorializados*, que subtraem a possibilidade de narrativas judiciais livres pelos sujeitos processuais.

O olhar teórico aqui desenvolvido se volta para a prova testemunhal, que é o meio probatório que predomina no processo penal brasileiro, principalmente nos processos penais da grande massa (tráfico, roubo, furtos etc). Nesses processos, os enunciados testemunhais compõem a centralidade da reflexão dos sujeitos processuais. Toda e qualquer tentativa inquisitorial de alterar a presencialidade e temporalidade *presente* do testemunho subverte a acusatoriedade do processo penal para retomar a dimensão processual inquisitorialista.

Uma boa prática que pode se estabelecer e seria redutora de danos penais e processuais penais é a não utilização do inquérito policial como material cognitivo para formulação de perguntas dos sujeitos processuais, ainda quando ele estiver acoplado ao processo judicial, com exceção das provas irrepetíveis. Adotar como marco narrativo primordial da fase instrutória a narrativa contida na peça acusatória, evitando-se lê-la por completo às testemunhas, o que também as contaminaria e anularia os efeitos do decurso do tempo em sua memória, os quais integram o cenário em que se desenvolverá a sentença.

Essas questões devem ser amplamente debatidas e difundidas, porque um processo penal de metodologia probatória equivocada é um processo penal marcado por erros judiciários. A maquiagem acusatória não pode ser superior à dor de uma condenação injusta.

REFERÊNCIAS

AGAMBEN, Giorgio. **O que é o contemporâneo? e outros ensaios**. Editora Argos, 2009.

CECCONELLO, William Weber; DE AVILA, Gustavo Noronha; STEIN, Lilian Milnitsky. **A (ir) repetibilidade da prova penal dependente da memória: uma discussão com base na psicologia do testemunho**. Revista Bra-

sileira de Políticas Públicas, v. 8, n. 2, p. 1057-1073, 2018

FENOLL, Jordi Nieva; TARUFFO, Michele. **La valoración de la prueba**. Madrid-Barcelona-Buenos Aires: Marcial Pons, 2010.

LOFUS, E. F. **Memory: Surprising new insights into how we remember and why we forget**. The University of Michigan: Addison-Wesley Longman Incorporated, 1980.

PASTOR, Daniel R. **Acerca del derecho fundamental al plazo razonable de duración del proceso penal**. Revista de Estudios de la Justicia, n. 4, p. 51-76, 2004.

RAMOS, Vitor Lia de Paula et al. Prova testemunhal. Do subjetivismo ao objectivismo, do isolamento científico ao diálogo com a psicologia ea epistemologia. 2018.

TARUFFO, Michele. **Narrativas judiciales**. Revista de derecho (Valdivia), v. 20, n. 1, p. 231-270, 2007.

O FENÔMENO DA SERENDIPIDADE NAS INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS E NAS BUSCAS E APREENSÕES: UMA ANÁLISE SOBRE A ADMISSIBILIDADE DAS PROVAS DESCOBERTAS AO ACASO

Rafael Cavalcanti Branco¹

RESUMO: O artigo se debruça sobre questões controvertidas acerca da serendipidade no cenário das interceptações telefônicas e das buscas e apreensões. Esse fenômeno, que surge no momento em que são encontradas, de forma fortuita, provas referentes a crimes que não eram objeto das investigações ou instruções criminais, tem a sua discussão central pautada na questão da admissibilidade dessas provas. Buscando entender esse debate, são invocados entendimentos doutrinários e jurisprudenciais acerca do tema, especialmente os que tratam sobre a licitude dessas provas e trazem à baila questões atinentes ao princípio da especialidade das provas, a existência de um possível desvio causal probatório e aos choques de princípios constitucionais que envolvem essa celeuma. Ao final, a pesquisa constata um movimento das cortes superiores e da doutrina, diante de uma iminente insegurança jurídica, no sentido de estabelecer parâmetros para a admissibilidade dessas provas e a forma como isso deve acontecer.

Palavras-chave: Direito Processual Penal, Serendipidade, Busca e Apreensão, Interceptação Telefônica.

ABSTRACT: The article focuses on controversial questions about serendipity in the scenario of telephone interceptions and search and seizure. This phenomenon, which arises at the moment when random evidence is found concerning crimes that were not the object of criminal investigations or instructions, has its central discussion based on the admissibility of such evidence. In order to understand this debate, doctrinal and jurisprudential understandings are invoked on the subject, especially those that deal with the legality

1 Graduado em Direito pela Universidade Federal da Paraíba. E-mail: rafael_b_c@hotmail.com

of these evidences and raise questions concerning the principle of the specialty of the evidences, the existence of a possible probative causal deviation and the clashes of constitutional principles that surrounds this stir. In the end, the research finds a movement of the superior courts and doctrine, facing an imminent legal uncertainty, in order to establish parameters for the admissibility of this evidence and how it should happen.

Keywords: Criminal Procedural Law, Serendipity, Search and Seizure, Telephone Interception.

INTRODUÇÃO

A palavra serendipidade vem da expressão “serendipity” da língua inglesa, cujo a tradução significa “uma feliz descoberta ao acaso”. Esse termo advém de um conto intitulado de “Os três príncipes de Serendip”, no qual esses personagens faziam descobertas surpreendentes ao longo de suas viagens².

Importando a expressão para o mundo jurídico, a mencionada descoberta fortuita se refere ao encontro de novas provas que não eram, *a priori*, procuradas. Nesse sentido, cabe definir a serendipidade, em poucas palavras, como “o encontro fortuito de provas relativas a fato delituoso diverso daquele que é o objeto da investigação.”³

A partir desse significado que o fenômeno recebeu no âmbito do direito, advieram diversas outras denominações para esse instituto jurídico, que também passou a ser chamado de “descobrimientos casuais”, “descobrimientos acidentais” ou, simplesmente, “fortuitos”.⁴

Esse instituto, que pode manifestar-se tanto na fase de investigação policial, quando há apenas um inquérito policial, como na fase de instrução processual, quando a ação penal já foi instaurada, decorre da atuação das autoridades que conduzem os procedimentos em busca de elementos de informação ou provas para a elucidação da materialidade dos delitos e a sua respectiva autoria.

2 WALPOLE, Horace. **Os três príncipes de serendip**. Recanto das letras. 27 ago. 2010. Disponível em: <https://www.recantodasletras.com.br/ensaios/2461955>. Acesso em: 06 set. 2019

3 TÁVORA, Nestor; ROSMAR, Alencar Rodrigues. **Curso de direito processual penal**. 13. ed. Salvador: JusPodivm, 2018. p. 635

4 GOMES, Luiz Flávio. **Natureza jurídica da serendipidade nas interceptações telefônicas**. 2009. Disponível em: <https://lfg.jusbrasil.com.br/noticias/955473/natureza-juridica-da-serendipidade-nas-interceptacoes-telefonicas>. Acesso em: 03 jul. 2019.

Nessa perspectiva, é essencial a utilização de meios de obtenção de prova, levando em consideração que, na maioria dos casos, as provas não são produzidas de forma espontânea. Nesse meio tempo, não é raro se obter conhecimento de provas que não dizem respeito ao delito investigado, surgindo, assim, o fenômeno aqui estudado.

Reconhecendo a amplitude do tema, o presente trabalho limitar-se-á a analisar esse fenômeno no âmbito das buscas e apreensões e das interceptações telefônicas. Porém, mesmo restringindo o campo de análise da serendipidade, surgirão inúmeras questões controvertidas que merecerão uma abordagem aprofundada.

Em um primeiro contato com esse cenário, se tem a impressão de que não há questão jurídica relevante para se discutir, em razão de não ser clarividente qualquer prejuízo na utilização dessa prova, afinal, o Estado, buscando solucionar uma investigação criminal, coloca-se diante de uma prova que irá resolver outro caso, sem a necessidade de empreender mais tempo e recurso para isso.

Contudo, apesar desses meios de obtenção de prova serem indispensáveis nos dias de hoje para as investigações e processos criminais, não obstante serem autorizados pelo Estado, constituem uma mitigação a certos direitos individuais garantidas pela Constituição Federal.

Ademais, quando esse cenário, que já é bastante sensível pelas razões acima mencionadas, é acrescido do fenômeno da serendipidade, surge uma infinidade de demandas a serem solucionadas, tendo em vista que, agora, a prova colhida ultrapassa as próprias barreiras dos requisitos impostos aos meios de obtenção de prova.

Portanto, diante do quadro, são levantados pontos sobre um possível descumprimento do princípio da especialidade das provas e um desvio causal probatório, bem como a inadmissibilidade dessas provas ante uma eventual ilicitude. Além disso, traz à tona a discussão sobre a colisão de garantias constitucionais, o que também merece determinada atenção.

Nesse plano, far-se-á no presente trabalho uma reflexão sobre a discussão acerca da admissibilidade das provas fortuitas expondo, preliminarmente, as principais correntes doutrinárias sobre o tema e, após isso, serão relacionadas as teses sustentadas com o choque entre garantias constitucionais individuais e o constitucional dever estatal de segurança, apontando-o como raiz de toda a discussão.

E, por fim, restará concluída a necessidade da utilização do critério da proporcionalidade como mecanismo de resolução do conflito entre garantias constitucionais, bem como a necessária manutenção da corrente moderada acerca da admissibilidade das provas fortuitas, em razão do entendimento formado de que esta é a única que se compatibiliza com o vigente diploma constitucional e sua perspectiva sistemática.

1. O FENÔMENO DA SERENDIPIDADE

A serendipidade é um tema bastante polêmico a contar dos seus primeiros passos. A doutrina se divide ao tratar dos conhecimentos fortuitos desde a sua natureza jurídica, tendo em vista que alguns pensadores os tratam enquanto teoria, já outros os abordam como princípio.

Eugênio Pacelli é adepto da primeira corrente, tratando o tema como uma teoria dentro das hipóteses da aplicação do princípio da inadmissibilidade de provas ilícitas⁵, já Nestor Távora e Alencar Rosmar o apresenta como um princípio que exige a presença de certos requisitos para se manifestar.⁶

Por uma terceira via, Aury Lopes Jr., realizando uma análise mais crítica, não o coloca em nenhuma das prateleiras, tratando-o como uma quebra do princípio da especialidade da prova,⁷ conforme será melhor abordado posteriormente.

Para surgir, o fenômeno observado exige a presença de dois requisitos. O primeiro se trata da “fortuitude” e significa que não basta que haja uma descoberta diversa do objeto pretendido pelo meio de obtenção de prova, pois se já tinha ciência da possibilidade de encontrar essa nova prova, a descoberta não foi acidental, mas proposital, por se tratar de uma descoberta previsível e não espontânea. Já o segundo, refere-se a “não vinculatividade” que implica na ideia de que, obviamente, o encontro não pode tratar de fato inserido no mesmo contexto histórico do fato investigado e que originou a atuação do mecanismo de obtenção de prova.⁸

Ademais, a serendipidade é subdividida em classificações criadas pela doutrina facilitando seu entendimento e auxiliando na discussão acerca da admissibi-

5 PACELLI, Eugênio. **Curso de processo penal**. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2017. p. 371

6 TÁVORA; ROSMAR, op. cit., p. 636

7 LOPES JR, Aury. **Direito processual penal**. 12 ed. São Paulo: Saraiva, 2015 p. 394

8 LOPES, Anderson Bezerra. **Os conhecimentos fortuitos de prova no direito processual penal**. 2013. 232 f. Tese (Mestrado em Direito Processual) – USP, São Paulo, 2013. E-book. Disponível em: http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-22082014-090055/publico/OSCO_PG0_Anderson_Bezerra_Lopes.PDF. Acesso em: 27 ago.2019

lidade das provas encontradas dessa forma. A primeira categorização se refere aos graus da serendipidade, podendo ela ser de 1º grau ou de 2º grau.

A de 1º grau se refere a descoberta por acaso de provas acerca de fatos conexos ou continentes ao crime anteriormente investigado ou, como Luiz Flávio Gomes discorre de forma mais simplificada, quando as provas se referem a crimes que estão na “Historischen Lebenssachverhalt”, ou seja, no mesmo cenário histórico de vida do crime previamente investigado.⁹

Na serendipidade de 2º grau, a definição se dá a *contrário sensu*, pela via residual, sendo exatamente o oposto da de 1º grau. Ou seja, versa sobre o encontro fortuito de provas acerca de fatos não conexos ou continentes, isto é, que não fazem parte da mesma situação histórica de vida do delito investigado, utilizando-se do termo posto por Gomes.

Essas são as principais características desse fenômeno, no qual ele foi analisado de maneira isolada. A partir do presente momento, serão abordados outros temas paralelos que se entrelaçam com a serendipidade e auxiliam no entendimento da discussão acerca da admissibilidade provas encontradas ao acaso.

2. A DISCUSSÃO SOBRE A ADMISSIBILIDADE DAS PROVAS ENCONTRADAS AO ACASO

Em virtude a inexistência de legislação que trate do tema central desse trabalho, a jurisprudência e a doutrina se desdobram e ganham papel relevante no sentido de estabelecer as consequências e implicações jurídicas desse fenômeno.

Antes de adentrar nos meandros da discussão, se faz pertinente tecer algumas considerações acerca da dos meios de produção de prova. Desta maneira, cabe ressaltar que as provas geralmente são colhidas de maneiras diferentes levando em consideração as especificidades de cada caso em concreto.

Sendo assim, verifica-se que algumas exigem um esforço maior da máquina estatal em detrimento de outras. Por exemplo, enquanto a prova testemunhal ou a confissão podem ser produzidas na própria audiência de instrução com o mero comparecimento e a oitiva dos agentes envolvidos, outras provas demandam o uso de tecnologias e a utilização de força policial para serem viabilizadas, como nas interceptação telefônica e nas buscas e apreensões, respectivamente.

Esses mecanismos citados possuem caráter excepcional e são utilizados

9 GOMES, op. cit.

apenas em casos de extrema necessidade para a investigação penal, quando não há outra forma de obtenção da prova ou como forma de garanti-la. A excepcionalidade dessas medidas se justifica em razão delas constituírem uma verdadeira privação de direitos e garantias individuais do investigado, permitidas especialmente em determinados casos em prol de um bem maior que é o interesse público em se obter efetividade nas investigações criminais e do dever de proteção do Estado sobre os indivíduos.

Mesmo assim, nota-se, inclusive, a preocupação do Estado em amenizar os danos dessas mitigações, regulamentando esses métodos de investigação por lei, impondo requisitos e estabelecendo procedimentos, bem como exigindo uma justificação específica prévia para cada investigação, que se dará por meio de uma decisão judicial.

Desta forma, percebe-se que o Estado não abriu mão completamente das garantias fundamentais da inviolabilidade domiciliar e do sigilo das telecomunicações, permitindo mitigações desses princípios em situações específicas, e em caso de atendimento aos requisitos legais, com a finalidade de alcançar a efetividade da justiça penal. Com a solução encontrada, nenhum dos princípios conflitantes nessa celeuma foi suprimido em detrimento do outro, permitindo assim a coexistência de ambos.

Esse cenário sensível, em razão da (legítima) relativização de direitos fundamentais, se torna ainda mais delicado quando posto em um cenário em que o fenômeno da serendipidade se faz presente. Isso porque há uma descoberta de uma prova diversa daquela especificada no objeto da fonte legitimadora desses meios de obtenção de prova, ou seja, na autorização judicial da interceptação telefônica e o mandado de busca e apreensão, e, a partir disso se inicia uma controvérsia sobre o potencial dessa situação tornar a prova ilegítima.

Assim, no atinente a esse tema, foram formadas três correntes que dividem renomados doutrinadores, duas delas com posições antagônicas, e um com o viés mais moderado, conforme será exposto a seguir.

2.1 CORRENTE DA VALORIZAÇÃO ABSOLUTA

A corrente da valorização absoluta das provas obtidas fortuitamente é encaçada por Schunemann, que defende em sua obra que todas os conhecimentos acidentais são passíveis de serem valoradas desde que cumpridos os pressupostos

legais.¹⁰

O autor utiliza a mesma linha argumentativa que Paulo Rangel, cuja principal tese aduz que a inadmissibilidade dessa prova seria “entendermos que o lícito adveio do ilícito”¹¹. Verifica-se que este autor busca estabelecer uma lógica reversa da teoria das provas ilícitas por derivação, pois enquanto nesta o que provém da ilicitude é ilícito, logicamente, o que vem da licitude também será lícito.

Nesse sentido, os doutrinadores defendem a possibilidade de utilização dessas provas em qualquer circunstância, tendo em vista que a atuação da autoridade policial nesses procedimentos está subsidiada pela lei e pela decisão judicial que a autoriza, configurando uma situação lícita.

Sendo assim, o agente público ao tomar conhecimento da prova de um crime passaria a ter o dever legal de utilizá-la para investigar esse novo delito, e, caso necessário, utilizaria a mesma para fundamentar uma ação penal e uma futura condenação.

O embasamento que sustenta esse entendimento é encontrado no artigo 6º do Código de Processo Penal, pois o dispositivo elenca quais condutas devem ser tomadas pela autoridade policial diante conhecimento do cometimento de um crime, estando, dentre elas, a ação de “colher todas as provas que servirem para o esclarecimento do fato e suas circunstâncias.”

Portanto, conclui-se que a situação narrada não constitui uma opção discricionária de atuação do agente policial que encontra a prova fortuitamente, sendo ele vinculado à literalidade do texto legal, devendo cumprir as obrigações do seu ofício que irão, em tese, tornar-se notícia-crime. Dessa forma, não há de se falar em ilicitude da prova, de acordo com o fundamento exposto por ambos os autores mencionados anteriormente.

Outra argumentação que é sustentada no sentido de permitir a utilização de provas encontradas ao acaso é a Teoria da Boa-Fé – *Good Faith Exception*. Essa excepcionalidade à teoria dos frutos da árvore envenenada adveio do direito

10 ANDRADE, Manuel da Costa (1991), “**Sobre o Regime Legal das Escutas Telefônicas**”, Revista Portuguesa de Ciência Criminal I, Tomo 3, Editorial Notícias, Lisboa. apud. GIRIA, João Filipe Coelho. **Os conhecimentos fortuitos no contexto das buscas domiciliárias: da relevância dos Conhecimentos Fortuitos e sua Valoração**. 2010. 67 f. Tese (Mestrado integrado em Ciências Policiais) – Instituto Superior de Ciências Policiais e Segurança Interna, Lisboa, 2010. E-book. Disponível em: https://comum.rcaap.pt/bitstream/10400.26/24848/1/Disserta%C3%A7%C3%A3o_G%C3%ADria.pdf. Acesso em 25 nov. 2019. p. 45

11 RANGEL, Paulo. **Breves considerações sobre a Lei 9296/96** (interceptação telefônica). 2000. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/195/breves-consideracoes-sobre-a-lei-9296-96-interceptacao-telefonica>. Acesso em: 27 ago. 2019

americano, mais especificadamente do julgamento de caso *United States v. Leon* realizado pela Suprema Corte Americana. De forma prática, significa que “quando a prova for produzida com total pureza de intenção, com a crença de se estar agindo dentro dos termos legais, pode ela ser aceita, ainda que ilícita.”¹²

Logo, quando houver um atendimento a todos os preceitos legais exigidos, não se comprovando nenhum interesse obscuro que aponte finalidade diversa, as provas colhidas deverão ser admitidas. Segundo a teoria, mesmo em situações em que prevaleçam o entendimento da ilicitude dessas provas, assunto que será abordado nos próximos tópicos, elas devem ser admitidas, pois foram colhidas de boa-fé.

Por fim, um último ponto relevante que sustenta a linha de pensamento dessa corrente doutrinária é o de imaginar que seria ilógico e contraproducente o Estado desperdiçar novamente tempo e recursos para empreender buscas a uma prova que já esteve ao seu alcance, e, inclusive, em uma situação plenamente lícita. Tal circunstância, inclusive, significaria um atentado ao princípio da eficiência da Administração Pública presente na Constituição Federal.

2.2 CORRENTE MODERADA

Preliminarmente discordando com esta última corrente, Aury Lopes Jr., sustenta que os respectivos meios de obtenção de provas trabalhados, em razão de mitigarem direitos fundamentais, são atos plenamente vinculados e limitados. Desta forma, aduz que a decisão que autoriza a obtenção dessas provas deve estar vinculado ao pedido, o que limita o material colhido a este, fazendo com que esses meios necessariamente se restrinjam ao crime investigado mencionado na autorização judicial.¹³

Ao tratar da decisão que autoriza esses métodos de obtenção de prova, o mesmo autor afirma que ela é tanto vinculada ao pedido quanto ao material colhido, assim, o meio de obtenção de prova está restrito ao crime pelo qual se referiu a decisão judicial que o autorizou. Além disso, aduz que a admissibilidade da utilização de provas obtidas diferentes daquelas determinadas na decisão judicial, constituem um “referencial inquisitório”, por se tratar de um “ilegal desvio

12 BRESSAN, Adilson José. **Provas ilícitas por derivação**: A (in)aplicabilidade no processo penal brasileiro, das teorias norte-americanas que atenuam a doutrina dos frutos da árvore envenenada. 2015. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/41654/provas-ilicitas-por-derivacao>. Acesso em: 27 ago. 2019.

13 LOPES JR, op. cit., p. 394-399

causal da prova autorizada”, violando o princípio da especialidade das provas.¹⁴

Tal conclusão chega com base no princípio dos frutos da árvore envenenada que estabelece o princípio da prova ilícita por derivação, que estipula que todas as provas obtidas por meio de uma prova ilícita são igualmente ilegais e, portanto, inadmissíveis.

Nesse fenômeno específico, em razão de não estar presente o elemento da conexão entre os crimes investigados e o recém descoberto, este elemento fortuitamente encontrado servirá apenas como fonte de prova. Assim, independentemente do momento em que é realizada a operação e é conhecido esse novo elemento de informação, o acontecimento procedimental é o mesmo.

Isso se justifica, pois, presente a *notitia criminis* direta ocorre “quando o próprio delegado, investigando, por qualquer meio, descobre o acontecimento”,¹⁵ e instaura o inquérito policial de ofício mediante portaria. Assim, independente dela ter sido descoberta pela própria autoridade policial que conduzia o inquérito ou por meio de informação encaminhada àquela pelo juiz que comandava a instrução processual, a única alternativa seria a instauração do inquérito policial.

No entretanto, apesar do autor ser um crítico ferrenho da utilização de provas com base no princípio da serendipidade, ele reconhece a admissibilidade dessas em uma situação bastante específica, quando há, segundo ele, a presença de uma conexão “legítima”. Isso se justifica, pois o doutrinador é contra a utilização do sentido amplo de “crime conexo”, em razão dele poder ser interpretado de inúmeras maneiras, representando um risco de abusos de autoridade.

Justifica sua tese, aduzindo que todas as espécies de conexão do art. 79 do CPP possuem como característica a concessão de discricionariedade de sentidos para quem a interpreta, com exceção da conexão intersubjetiva concursal que ocorre apenas quando há concurso de agentes e de crimes.

Assim, Aury Lopes Jr. defende que apenas essa conexão, decorrente de uma interpretação restrita, deve ser admitida, excepcionalmente, com a finalidade de legitimar a utilização de provas provenientes do fenômeno da serendipidade.¹⁶

Portanto, defende que a utilização desse conceito de forma ampla constitui um “desvio da vinculação causal imposta pelo princípio da especialidade”, devendo a interpretação da conexão ser restritiva, por estar em jogo a mitigação de

14 Ibidem., p.394-399

15 NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de direito processual penal**. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 136

16 LOPES JR, op. cit., p.399

direitos fundamentais. Nesse sentido, constata que qualquer interpretação acerca do significado da conexão que se afasta do seu significado restritivo – conexão intersubjetiva concursal, deve ser tratado como prova ilícita em virtude do desvio causal da prova e da lesão ao direito fundamental em questão

O tão mencionado princípio da especialidade, segundo Tapia, “implica que debe existir una necesaria identidad entre el delito-objeto de investigación y el que de hecho se investiga”¹⁷. Ou seja, o objeto da autorização judicial deve ser o único que deve ser buscado e colhido durante os meios de obtenção de prova. Dessa forma, de acordo com esse conceito, a admissibilidade das provas colhidas sob o fenômeno da serendipidade constituem um evidente desrespeito a esse elemento norteador da produção de provas e por isso não devem ser admitidas.

2.3 CORRENTE DA NEGAÇÃO TOTAL

Grande parte da doutrina que participa da corrente totalmente contrária a admissibilidade das provas encontradas fortuitamente utiliza-se de argumentos no mesmo sentido dos aduzidos por Aury Lopes Jr., ressaltando o desvio causal probatório dos meios de obtenção de prova e do princípio da especialidade das provas, tendo, portanto, como única divergência o fato de não reconhecer a admissibilidade das provas fortuitas em nenhuma hipótese.

Francisco Aguilar transita por uma linha diversa, pois, ao realizar uma análise da serendipidade no direito processual penal português, considera ilegal toda a prova encontrada de forma acidental, fundamentando tal afirmação no princípio da reserva legal,¹⁸ o que guarda total compatibilidade com o direito processual brasileiro.

Camargo Aranha esclarece os motivos pelos quais tal conduta configura uma violação ao princípio da reserva legal, argumentando que houve uma fuga dos preceitos exigidos pelo pedido, e fundamentou a decisão judicial que legitimou o meio de obtenção de prova, e, portanto, “estar-se-ia burlando a própria

17 TAPIA, Juan Francisco. **Descubrimientos accidentales em el curso de um registro domiciliário o uma intervención de comunicaciones**. El problema de los hallazgos casuales o “causales”? In: Revista de Derecho Penal. Buenos Aires, n.º 2, p. 673. apud. TREVIZZAN, Flavia Cristina. **Conhecimentos fortuitos no processo penal**. 2013. 139 f. Tese (Mestrado em Direito Processual Penal) – USP, São Paulo, 2013. E-book. Disponível em: http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-25102016-085954/publico/Flavia_Trevizan_dissertacao_verso_integral.pdf. Acesso em: 29 de jul. 2019. p. 29

18 AGUILAR, Francisco. **Dos conhecimentos fortuitos obtidos através de escutas telefônicas**: contributo para o seu estudo nos ordenamentos jurídicos alemão e português. 1.ed. Coimbra: Almedina, 2004.

fundamentação da autorização judicial.”¹⁹

Ou seja, em razão de ocorrer um descumprimento da determinação judicial, representado pelo desvio de sua finalidade, é atingido também o pressuposto legal do meio de prova, levando-o à ilegalidade e contaminando toda a operação policial em questão, e, conseqüentemente, as provas obtidas.

Já Anderson Bezerra Lopes vai além. O autor, ao sustentar que inadmissibilidade das provas fortuitas não resultam em meras irregularidades, chegando a configurar uma proibição da valoração da prova com base nos princípios constitucionais, aduz que não seria cabível até mesmo a renovação do ato processual em que a serendipidade se fez presente.²⁰ Inclusive, ainda destaca que a utilização dessas provas como notícia-crime representariam o reconhecimento do Estado de que jamais as conheceria de forma autônoma e que, desse modo, tal artifício também não deve ser utilizado.

Assim, ele sustenta a impossibilidade de admissão dessas provas em qualquer caso, igualando inclusive as situações que envolvem crimes conexos e as que estão presentes crimes não conexos. Para sustentar sua tese Anderson Bezerra Lopes, aduz que

soa incoerente inadmitir o conhecimento fortuito como fonte de prova, seja no processo derivado da investigação na qual ele surgiu, seja em outro processo a título de prova emprestada, e, de outro lado, admiti-lo como notícia-crime. A lesão à garantia constitucional da inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos (art. 5º, inciso LVI) é a mesma.²¹

Portanto, deduz-se que, para o autor, o conhecimento fortuito se trata de um mal perigosíssimo com potencialidade de contaminar as informações encontradas fora de hora, impossibilitando a sua utilização seja como uma prova em si ou até mesmo como ponta pé inicial para uma nova investigação. Tal consequência, para ele, representa um efeito pedagógico em contraposição as excessivas restrições aos direitos fundamentais.

3. A RAIZ DA PROBLEMÁTICA, A UTILIZAÇÃO DO CRITÉRIO DA PROPORCIONALIDADE E A NECESSÁRIA PREVALENÇA DA CORRENTE MODERADA

19 ARANHA, Adalberto José Q. T. de Camargo. **Da prova no processo penal**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 295. apud. TREVIZZAN, op. cit., p. 96

20 LOPES, op. cit. p.127

21 Ibidem., p. 166

Em conformidade com José Paulo Baltazar, o dever estatal de garantir a segurança dos cidadãos surge no momento em que o Estado toma pra si o monopólio do uso da força, proibindo a autotutela.²² Desta maneira, ao assumir essa responsabilidade, impedindo os indivíduos de se protegerem espontaneamente, a entidade estatal avoca para si dever de salvaguardá-los.

Segundo o mesmo autor, tal dever é positivado na Constituição Federal de 1988 através de variados dispositivos, dentre eles o que estabelece o direito à vida (art. 5º, I), elevando-o a *status* de garantia fundamental, o que regulamenta a distribuição de competências determinando à União executar serviços de polícia marítima, aeroportuária e de fronteiras, bem como legislar em matéria penal, processual penal (art. 22, I), direito penitenciário (art. 24, I), e organização das polícias civis (art. 24, XVI).²³

Paralelamente, levando em consideração o conceito restritivo do direito processual penal, é possível se extrair que esse ramo do direito serve de instrumento para viabilizar a aplicação das leis penais. E, por conseguinte, tomando como base que um dos objetivos do direito penal é a garantia da paz social e a manutenção da segurança dos cidadãos, é viável afirmar que o direito processual penal também é um instrumento essencial para ao dever de proteção estatal.

Um ponto indispensável para que a supracitada afirmação realmente se confirme é o funcionamento de um processo penal justo e eficiente, capaz de combater aquilo que ele, primordialmente, propôs-se a punir: o crime.

Com essa finalidade, o direito se utiliza dos mecanismos processuais e investigatórios para poder viabilizar um devido processo legal célere e eficaz, almejando, ao seu final, indicar os tipos penais incidentes no caso concreto e aplicar suas respectivas penas, objetivando a repressão dos infratores e os desestímulo da reincidência, garantindo a proteção social

Nos tempos atuais, ante a sofisticação da criminalidade, para que isso seja alcançado, é indispensável que o Estado se utilize de mecanismos investigatórios capazes de fornecer as informações necessárias. No entanto, por diversas vezes, essa busca estatal pela elucidação dos casos criminais e pelo cumprimento do seu dever legal de proteção dos indivíduos esbarra em princípios fundamentais da Constituição Federal de 1988.

22 BALTAZAR, José Paulo. Limites Constitucionais à investigação: O conflito entre o direito fundamental a segurança e o direito à liberdade no âmbito criminal. **Limites da investigação**. I. ed., p. 184-221. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009

23 *Ibidem*, op. cit. p. 214

Essas garantias são imprescindíveis aos Estados Democráticos de Direito e, de acordo com os ensinamentos de Canotilho, tem a função de defender os “direitos da pessoa humana e da dignidade perante os poderes do Estado”.²⁴ Isso se torna ainda mais evidente no âmbito do processo penal, pois, nessa esfera, funcionam como um verdadeiro escudo contra as arbitrariedades estatais.

Contudo, apesar do total reconhecimento da sua essencialidade, a interpretação que é realizada sobre as garantias fundamentais, especialmente na sua aplicação a casos específicos, deve ser feita observando outros deveres do Estado, com o intuito de que não se inviabilize o exercício destes.

No foco do presente trabalho, que é a admissibilidade das provas fortuitas, observa-se que a discussão se concentra o tempo todo no choque entre as garantias individuais, ilustradas pelo princípio da inviolabilidade dos domicílio e das comunicações, com o dever de proteção do estado.

Essa situação se demonstra de forma bem explícita nas teses levantadas no estudo das correntes doutrinárias do capítulo anterior, pois os autores, ao defenderem seus posicionamentos, implicitamente, utilizam-se, o tempo todo, de argumentos a favor da flexibilizar das garantias fundamentais ou a favor da restringir a atuação dos procedimentos investigativos.

Diante desta situação, o intérprete possui a certeza de que é impossível preservar, de forma integral, ambos os direitos, e que, de igual modo, ao observar a outra faceta da moeda, também passa a ter a convicção de que não é possível suprimir uma delas completamente, sob pena de ir de encontro com a Constituição Federal.

Portanto, indubitavelmente, o caminho a ser seguido é a compatibilização dos ditames constitucionais em colisão, tendo em vista que não podem ser exercidos integralmente, nem pode um deles ser abolido ante as suas respectivas essencialidades. Assim, ambos devem ser mitigados na proporção correta, de modo a não inviabilizar o exercício de indispensável de cada um deles.

Essa busca pela harmonização de garantias constitucionais conflitantes em uma mesma situação jurídica se demonstra ao mesmo tempo ambiciosa e de extrema relevância, tendo em vista que caso haja alguma desregulação e a questão atinja de maneira mais contundente um dos lados da balança, desequilibrando o quadro, surgirão inúmeras consequências.

²⁴ CANOTILHO, J. J. GOMES. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. 11ª reimpressão, Coimbra, Almedina, 2003. p. 407

Tal situação, na prática, pode ser facilmente percebida ao colocá-la sob a ótica do conflito abordado no presente trabalho. Isso se explica, pois se por um lado houver a relativização das garantias constitucionais de forma demasiada, a sociedade fica sujeita às arbitrariedades estatais, podendo vir a sofrer violações de seus direitos. Em contrapartida, de acordo com Baltazar, caso haja a imposição de dificuldades probatórias, mitigando de forma exagerada o dever de proteção do Estado, o resultado será a impunidade e o favorecimento da reincidência,²⁵ pondo em risco a segurança dos cidadãos.

Diante da complexa situação, são apresentadas duas ferramentas que deverão ser utilizadas para dirimir esse conflito: a interpretação sistemática da Constituição e o critério da proporcionalidade.²⁶

Inclusive, cabe ressaltar que esse é o entendimento atual adotado pelo Supremo Tribunal Federal quando o assunto é o choque entre princípios fundamentais. Fato que se demonstra a partir do voto do Ministro Gilmar Mendes no julgamento do HC n.º 96.056/PE que representa perfeitamente a forma com que esse segundo critério deve ser utilizado para a resolução da questão:

Nesse contexto, as exigências do princípio da proporcionalidade representam um método geral para a solução de conflitos entre princípios, isto é, um conflito entre normas que, ao contrário do conflito entre regras é resolvido não pela revogação ou redução teleológica de uma das normas conflitantes, nem pela explicitação de distinto campo de aplicação entre normas, mas antes e tão somente pela ponderação do peso relativo de cada uma das normas em teses aplicáveis e aptas a fundamentar decisões em sentidos opostos. Nessa última hipótese, aplica-se o princípio da proporcionalidade para estabelecer ponderações entre distintos bens constitucionais. (...) ²⁷

No mesmo sentido, Padilha discorre que, diante dessa situação, o magistrado que interpretará a norma deverá também se utilizar do princípio da concorância prática (proporcionalidade), coordenando os bens jurídicos em conflito,

25 BALTAZAR, op. cit. p. 214

26 DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. 4 ed. São Paulo. Atlas: 2012. p. 163

27 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 96.056 PE**. Habeas Corpus. 2. Quebra de sigilo bancário e telefônico. Alegação de que as decisões proferidas pelo magistrado de primeiro grau não foram devidamente motivadas, por terem apresentado mera menção às razões expostas pelo Parquet. 3. Ausência de decisão com fundamentos idôneos para fazer ceder a uma excepcional situação de restrição de um direito ou garantia constitucional. 4. Prova ilícita, sem eficácia jurídica. Desentranhamento dos autos. 5. Habeas corpus parcialmente conhecido e, nesta parte, deferido. Recorrente: Impetrante: Ademar Rigueira Neto e outros. Relator Min. Gilmar Mendes, 28 de junho de 2011. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21588209/habeas-corpus-hc-96056-pe-stf/inteiro-teor-110380143?ref=juris-tabs>. Acesso em: 22 nov. 2019

evitando o sacrifício de uns sobre os outros a partir da redução proporcional de cada um deles e buscando a harmonia do texto constitucional.²⁸

Portanto, evidencia-se uníssono, tanto na jurisprudência quanto na doutrina, que a única saída para esse debate compatível com o ordenamento jurídico vigente e os preceitos constitucionais é a busca por um ponto de equilíbrio que conserve a essência de ambos os ditames constitucionais em debate, “não sendo possível definir, *a priori*, uma prevalência de uma ou outra”²⁹

Contudo, apesar de se estabelecer essa diretriz de como agir diante do conflito de princípios constitucionais, não é possível se obter uma equação geral que estabeleça o quanto determinado princípio será ponderado em relação ao outro e que se aplique em todos os casos.

Em vista disso, faz-se necessário uma interpretação para cada caso concreto observando suas próprias peculiaridades e buscando preservar ao máximo cada princípio e, até mesmo reconhecendo que, em determinados momentos, torna-se mais razoável relativizar de forma mais acentuada um em detrimento do outro em razão do contexto.

A partir desse entendimento, nota-se que o movimento realizado pelas cortes superiores vem seguindo o supracitado entendimento, de modo a buscar esse equilíbrio entre o exercício simultâneo das garantias em jogo estabelecendo diferentes critérios de acordo com as individualidades de cada situação.

Por exemplo, o Supremo Tribunal Federal, por meio do Habeas Corpus 83.515/RS³⁰, ao seguir o posicionamento adotado em países como a Alemanha, Itália e Espanha³¹, passou a admitir a utilização das provas colhidas sob o fenômeno da serendipidade de primeiro grau de forma plena.

Já no tocante as provas encontradas fortuitamente relativas a crimes sem conexão com a infração que era previamente investigada – serendipidade de segundo grau, de acordo com o entendimento atual do Superior Tribunal de Jus-

28 PADILHA, Rodrigo. **Direito constitucional**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, São Paulo: Método, 2018.

29 BALTAZAR, op. cit. p. 216

30 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 83.515-5 RS**. Habeas Corpus. Interceptação telefônica. Prazo de Validade. Alegação de existência de outro meio de investigação. Falta de conversas interceptadas nos relatórios apresentados ao juiz. Ausência de ciência do Ministério Público acerca dos pedidos da prorrogação. Apuração de crime punido com pena de detenção. Impetrante: Andrei Zenkner Schmidt e outros. Relator Min. Nelson Jobim, 16 de novembro de 2004. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=79377>. Acesso em: 22 nov. 2019

31 GOMES, op. cit.

tiça, firmado em sede do Recurso Especial nº 1648439 SP 2017/0008392-5³², essas só possuem o condão de dar origem a uma *notitia criminis* e provocar uma possível instauração de um procedimento investigatório, em virtude do seu status de fonte de prova.

Além disso, posição diversa foi firmada na hipótese da serendipidade envolvendo crimes permanentes em situação de flagrância, por meio do Recurso Ordinário em Habeas Corpus nº 41.316³³, que reconheceu legitimidade das provas colhidas nessa situação em virtude da substituição da fonte legitimadora da invasão de domicílio, que antes era o mandado de busca apreensão e passou a ser o flagrante.

No que tange a inclusão de terceiros em processos penais em razão das provas fortuitas, voltou-se a adotar o critério da conexão, de acordo com o jurisprudência do STJ, firmada por meio do Recurso Ordinário em Habeas Corpus nº 28.794³⁴. E, por fim, a última hipótese analisada e posicionamento adotado se trata da descoberta acidental de crimes futuros a partir de uma investigação diversa. Nesse caso, foi necessário analisar que, em razão do princípio da lesividade, **não são punidos atos preparatórios** em regra e, sendo assim, o Estado apenas deverá intervir para que não haja o cometimento do delito, mas

32 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial 1648439 SP 2017/0008392-5**. Recorrentes: Osmar Jatobar Junior, Aládio Palmieri José Adriano, Edilson Manoel da Silva, Jorge Cristiano Luppi e Marcelo Malmeira Zaccaro. Recorrido: Ministério Público do Estado de São Paulo. Relator: Rogério Schietti Cruz, 21 de junho de 2018. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/595112221/recurso-especial-resp-1648439-sp-2017-0008392-5>. Acesso em: 20 ago. 2019.

33 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Ordinário em Habeas Corpus 41.316 SP**. Processual penal. Recurso ordinário em habeas corpus. Roubo circunstanciado. Explosão. Artigo 16, caput, c.c. o artigo 20, ambos da lei nº 10.826/03. Mandado de busca e apreensão. Fundamentação. Exauriente requerimento policial. Manifestação ministerial. Referências. Per relationem. Autorização judicial. Erva. Inexistência. Condução da medida. Corregedoria da polícia militar. Ilegitimidade. Não ocorrência. Supervisão da autoridade policial. Cumprimento do mandado. Subscrição do auto pela advogada. Inércia. Posterior alegação de nulidade. Violação da boa-fé objetiva: proibição do venire contra factum proprium. Armas e munições estranhas ao crime objeto do mandado de busca e apreensão. Encontro fortuito. Novel delito. Infração de cunho permanente. Flagrante. Possibilidade. Constrangimento ilegal. Inexistência. Recurso desprovido. Relatora: Ministra Maria Thereza de Assis Moura, 20 de novembro de 2014. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/51157/a-validade-do-cumprimento-do-mandado-de-busca-e-apreensao-por-parte-da-policia-militar>. Acesso em: 20 ago. 2019.

34 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Ordinário em Habeas Corpus 28794 RJ 2010/0140512-1 28.794**. Crime de corrupção passiva. Trancamento da ação penal. Interceptação telefônica. Prorrogação do Monitoramento. Viabilidade. Ilegalidade não demonstrada. Identificação de terceiro relacionado com objeto da investigação. Possibilidade. Ausência de Ilícitude das Provas. Fenômeno da serendipidade. Inépcia da denúncia. Inocorrência. Desnecessidade de descrição do dolo do agente. Precedente. Recurso desprovido. Recorrente: N T de P. Recorrido: Ministério Público de Federal. Relatora: Ministra Laurita Vaz, 06 de dezembro de 2012. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/23023968/recurso-ordinario-em-habeas-corpus-rhc-28794-rj-2010-0140512-1-stj/inteiro-teor-23023969?ref=juris-tabs>. Acesso em 20 ago. 2019

não poderá puni-lo por ele ainda ter iniciado a sua fase de execução, conforme discutido e estabelecido no Habeas Corpus n° 69.522³⁵ que tramitou no STJ.

Dessa maneira, as cortes superiores, cumprindo seu dever de traçar limites para o exercício harmônico desses direitos³⁶ evitou tratar diferentes circunstâncias de um só modo e, com isso, valorizou suas características próprias, evitando o surgimento de situações em que, claramente, haveria uma desproporção na compatibilização das garantias fundamentais em um mesmo cenário. Veja-se, portanto, como a atuação jurisdicional vem cumprindo um possui relevante papel na resolução de conflitos constitucionais.

Ademais, percebe-se, conforme revelado no presente trabalho, que não cabe apenas ao Poder Legislativo atuar nesse sentido, visto que a proporcionalidade é um mecanismo que deve ser manejado no controle de medidas restritivas de direitos fundamentais tanto pelo Poder Executivo quanto pelo Poder Judiciário, especialmente por este último³⁷.

Isto posto, verifica-se que não há espaço, sob a ótica constitucional, para entendimentos extremistas quando a discussão trata da admissibilidade das provas fortuitas.

Tal alegação é revestida de fundamento porque a corrente da negação total da admissibilidade das provas fortuitas defende rigorosamente a vinculação estrita dos meios de obtenção de prova, não o flexibilizando em qualquer hipótese, o que compromete, indubitavelmente, a eficiência das investigações criminais e, conseqüentemente, suprime o dever estatal de garantir a segurança.

Da mesma forma ocorre quando se avalia a corrente da valoração absoluta dos descobrimentos acidentais, pois essa defende a admissão de todas as provas fortuitas, independente da circunstância, menosprezando a necessidade de se levar em consideração os direitos fundamentais em jogo, o que favorece o cometimento de arbitrariedades.

Logo, conclui-se que a única corrente que se amolda ao entendimento

35 BRASIL. **Habeas Corpus 69.522 PR 2006/0241993-5**. Inépcia da denúncia oferecida em desfavor dos pacientes baseada em material colhido durante a realização de interceptação telefônica para apurar a prática de crime diverso. Encontro fortuito. Necessidade de demonstração da conexão entre o crime inicialmente investigado e aquele fortuitamente descoberto. Impetrante: Marcos César Kaimen. Relator: Ministro Felix Fischer, 06 de fevereiro de 2007. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/8939460/habeas-corporus-hc-69552-pr-2006-0241993-5/inteiro-teor-14107951>. Acesso em 20 ago. 2019

36 DIMOULIS; MARTINS. op. cit., p. 162

37 LOPES, op.cit., p. 203

jurisprudencial e doutrinário e se compatibiliza com a Constituição Federal, no tocante ao critério adotado para a resolução de conflitos constitucionais, é a moderada.

Isso ocorre pois, sem dúvida alguma, ela é a única corrente que possui o condão de obrigar o Poder Judiciário a atuar no sentido acima demonstrado, isto é, utilizando do critério da proporcionalidade para analisar os conflitos de garantias constitucionais em cada caso concreto. Consequentemente, a manutenção de tal posicionamento aumenta exponencialmente as chances do intérprete encontrar a proporção mais precisa do quanto cada preceito terá que ser relativizado.

Ademais, há de se destacar que a atuação das cortes superiores anteriormente abordadas, no sentido de pacificar os entendimentos sobre casos específicos de serendipidade e firmar precedentes, possui sublime valor nesse quadro, pois é previsível que, sem ela, surgisse um contexto de insegurança jurídica no que se refere a temática.

Tal prognóstico se justifica visto que, caso os órgãos que tem a função de uniformizar a jurisprudência não atuem dessa forma, deixando cada caso em aberto para ser interpretado pelos demais órgãos jurisdicionais, geraria uma série de decisões em sentidos opostos, o que não se deseja para questão alguma do mundo jurídico.

CONCLUSÃO

No início do presente trabalho foram apresentadas as características mais importantes do fenômeno da serendipidade, de maneira a introduzir a discussão que estaria por vir sobre a admissibilidade das provas encontradas ao acaso.

Após expor preliminarmente as delicadas questões que envolvem as provas colhidas sob esse fenômeno, aproximando-se do contorno principal do trabalho, foram expostos diversos posicionamentos da mais renomada doutrina do direito processual penal, momento em que se identificou a existência de uma gama de entendimentos divergentes dentro da temática central do trabalho.

Mereceram destaque as teses antagônicas que sustentam desde a inadmissibilidade dessas provas em razão do caráter vinculante dos meios de obtenção de prova, e que, em razão disso, as provas fortuitas representam um desvio causal probatório capaz de torná-las ilícitas, até mesmo à simples justificativa de que é inconcebível a alegação de uma suposta ilegalidade da prova visto que ela surge de um ato em conformidade com a lei e eivado de boa-fé.

No entanto, restou verificado, diante dessa situação, que, apesar dos estudos da matéria se utilizarem de argumentos jurídicos conflitantes, estes guardam uma intrínseca relação com o conflito entre garantias individuais constitucionais e o dever de segurança estatal, o qual se revelou como o ponto originário de toda a discussão.

Portanto, identificada a origem da controvérsia, toda a discussão passou a estar diante de um problema da hermenêutica constitucional, a colisão de garantias fundamentais.

Sendo assim, a importância do debate foi elevada, pois percebeu-se que uma possível mitigação e inviabilização do exercício dos direitos fundamentais poderia criar um cenário fértil para as arbitrariedades estatais, e a imposição de excessivas barreiras a investigação criminal resultaria em um dever de segurança estatal totalmente ineficiente e inoperante.

Diante do quadro, vislumbrou-se como única saída possível a utilização das ferramentas disponibilizadas pela doutrina e jurisprudência no tocante à solução de conflitos entre garantias constitucionais: o uso do critério da proporcionalidade e da interpretação sistemática da Constituição.

Tal caminho se apresentou em razão da conclusão de que as correntes mais extremistas, previamente analisadas, contribuam, respectivamente, para os supracitados cenários trágicos – arbitrariedades estatais e ineficiência do dever estatal de segurança, tendo em vista que suas teses elegem qual dos direitos fundamentais deve ser conservado e qual deve ser ignorado.

Portanto, levando em consideração a impossibilidade de utilização das correntes radicais, conseguiu-se alcançar o entendimento de que a corrente mais pertinente e que deve preponderar no tocante da admissibilidade de provas fortuitas é a moderada.

A referida afirmação se constatou com base no fato de que esta é a única corrente existente que permite o intérprete analisar, em cada caso concreto, qual a melhor solução de acordo com seu contexto, de modo a garantir o pleno funcionamento e a compatibilização de ambos os direitos fundamentais a partir da utilização das ferramentas de resolução de conflitos constitucionais harmônicas com a sistemática constitucional.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGUILAR, Francisco. **Dos conocimientos fortuitos obtidos através de escutas telefônicas**: contribu-

to para o seu estudo nos ordenamentos jurídicos alemão e português. 1.ed. Coimbra: Almedina, 2004.

BALTAZAR, José Paulo. Limites Constitucionais à investigação: O conflito entre o direito fundamental a segurança e o direito à liberdade no âmbito criminal. **Limites da investigação**. 1. ed., p. 184-221. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2019]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 03 set.

2019.

BRASIL. [Código de Processo Penal]. **Decreto-Lei nº 3.689**. Rio de Janeiro, RJ: Presidência da República, [2019]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm. Acesso em: 03 set. 2019.

BRESSAN, Adilson José. **Provas ilícitas por derivação**: A (in)aplicabilidade no processo penal brasileiro, das teorias norte-americanas que atenuam a doutrina dos frutos da árvore envenenada. 2015. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/41654/provas-ilicitas-por-derivacao>. Acesso em: 27 ago. 2019.

CANOTILHO, J. J. GOMES. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. 11ª reimpressão, Coimbra, Almedina, 2003

GOMES, Luiz Flávio. **Natureza jurídica da serendipidade nas interceptações telefônicas**. 2009. Disponível em: <http://www.lfg.com.br>. Acesso em: 03 jul. 2019. <https://lfg.jusbrasil.com.br/noticias/955473/natureza-juridica-da-serendipidade-nas-interceptacoes-telefonicas>

GÍRIA, João Filipe Coelho. **Os conhecimentos fortuitos no contexto das buscas domiciliárias**: da relevância dos Conhecimentos Fortuitos e sua Valoração. 2010. 67 f. Tese (Mestrado integrado em Ciências Policiais) – Instituto Superior de Ciências Policiais e Segurança Interna, Lisboa, 2010. E-book. Disponível em: https://comun.rcaap.pt/bitstream/10400.26/24848/1/Disserta%C3%A7%C3%A3o_G%C3%ADria.pdf. Acesso em: 29 jul. 2019.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. 4 ed. São Paulo. Atlas: 2012

LOPES, Anderson Bezerra. **Os conhecimentos fortuitos de prova no direito processual penal**. 2013. 232 f. Tese (Mestrado em Direito Processual) – USP, São Paulo, 2013. E-book. Disponível em: http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-22082014-090055/publico/OSCO_PG0_Anderson_Bezerra_Lopes.PDF. Acesso em: 27 ago.2019

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

NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de direito processual penal**. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

PACELLI, Eugênio. **Curso de processo penal**. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

PADILHA, Rodrigo. **Direito constitucional**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, São Paulo: Método, 2018.

RANGEL, Paulo. **Breves considerações sobre a Lei 9296/96 (interceptação telefônica)**. 2000. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/195/breves-consideracoes-sobre-a-lei-9296-96-interceptacao-telefonica>. Acesso em: 27 ago. 2019

TÁVORA, Nestor; ROSMAR, Alencar Rodrigues. **Curso de direito processual penal**. 13. ed. Salvado: JusPodivm, 2018.

TREVIZZAN, Flavia Cristina. **Conhecimentos fortuitos no processo penal**. 2013. 139 f. Tese (Mestrado em Direito Processual Penal) – USP, São Paulo, 2013. E-book. Disponível em: http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-25102016-085954/publico/Flavia_Trevizan_dissertacao_versao_integral.pdf. Acesso em: 29 de jul. 2019.

OS PALADINOS DA ORDEM PÚBLICA: JUÍZES E OS DISCURSOS LEGITIMADORES DO ENCARCERAMENTO DOS INDESEJADOS

Paulo Victor Leôncio Chaves¹

Maria Sueli Rodrigues de Sousa²

RESUMO: O avanço da população prisional no Brasil tem alcançado números colossais desde o início da década de 1990, mas ganha contornos de encarceramento em massa no século XXI dado o expansionismo punitivo que caracteriza o Estado Penal vivido no país. Os dados oficiais a respeito do perfil da população prisional (BNMP 2.0 – CNJ, 2018) denunciam que mais de 40% da população aprisionada é de presos provisórios, o que leva a questionar a atuação do Poder Judiciário enquanto instância do sistema penal, caracterizando-o, ao mesmo tempo, como o mais omisso e mais responsável pelos alarmantes dados de aprisionamento, entre os poderes da república (CARVALHO, 2016). A análise dos discursos veiculados em decisões judiciais evidencia a prevalência de prisões cautelares em vista da garantia da ordem pública, o que, dado o baixo grau de cautelaridade que caracteriza tal fundamento (LOPES JR, 2018), reflete mais o perfil dos julgadores que o perfil dos indivíduos selecionados pela persecução penal.

PALAVRAS-CHAVE: análise do discurso judicial, prisões

1 É graduando do curso de Bacharelado em Direito, pela Universidade Federal do Piauí e Servidor Público da Universidade Federal do Piauí. Foi discente do Programa de Iniciação Científica Voluntária - ICV, vinculado à Pró-Reitoria de Pesquisa e Inovação da UFPI (2018-2019), foi membro do Grupo de Pesquisa em Criminologia, Direitos Humanos e Arte (2016-2017), é voluntário do Centro de Assessoria Jurídica Universitária Popular de Teresina - Projeto Cajuína (2016 - atual), todos pela UFPI; foi também pesquisador/comunicador do Núcleo Criminal do Coletivo Antônia Flor (2018-2019).

2 Possui graduação em Ciências Sociais pela Universidade Federal do Piauí (1996) e Direito pela Universidade Estadual do Piauí (2003), advogada, mestrado em Desenvolvimento e Meio Ambiente pela Universidade Federal do Piauí (2005), é doutora em Direito, Estado e Constituição pela Universidade de Brasília (2009), com estágio pós-doutoral pelo PNPd - Programa Nacional de Pós-Doutorado, na Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro, junto ao Programa de Pós-Graduação em Educação, Contextos Contemporâneos e Demandas Populares (PPGEDuc). É professora Associada da Universidade Federal do Piauí, lotada no Departamento de Ciências Jurídicas - DCJ, no Programa de Pós-Graduação em Sociologia, no Programa de Pós-Graduação em Gestão Pública, no Núcleo de Pesquisa sobre Africanidades e Afrodescendência - IFARADA e do grupo de pesquisa direitos humanos e cidadania - DiHuCi.

cautelares, encarceramento em massa.

ABSTRACT: Prison population growth in Brazil has reached to a critical level since the beginning of the 1990's, but it can be recognized as mass imprisonment in this century due to punishment increase that represents our country nowadays. Official data towards the profile of prison population in Brazil state more than 40% of it is composed of non-convicted people, which leads us to question the acting of judiciary branch, as being, at the same time, the biggest responsible and the most silent of the government branches. The discourse analysis onto the judicial decisions shows the prevalence of pre-trial detentions based on the provision of public order, and, considering it as the least convincing reason, it shows us more the profile of the judges than the profile of those people chosen by the criminal system.

KEY-WORDS: discourse analysis onto judicial decisions, pre-trial detentions, mass imprisonment.

INTRODUÇÃO

O sistema penitenciário brasileiro encontra-se em situação de colapso. A superlotação de presídios informada por dados oficiais, como consequência do inflacionamento penal-punitivo que se tem observado no cenário político desde a redemocratização da década de 1980, a que se tem denominado crise³, levou, inclusive, o Supremo Tribunal Federal (STF) a reconhecer o quadro vivido nas prisões do Brasil como um “*estado de coisas inconstitucional*”⁴.

De acordo com dados fornecidos pelo Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN), a partir do sistema de informações estatísticas sobre o sistema penitenciário brasileiro (INFOPEN), já em 2016, o Brasil ocupava a nada honrosa 3ª colocação no ranking mundial em número de pessoas presas, à época com mais de 700 mil pessoas privadas de liberdade⁵. O referido relatório de 2016

3 A “crise” que se diz vivenciar nos sistemas penitenciários, na verdade, não pode receber este nome, haja vista que desde a instituição do modelo prisional como via punitiva (o que remonta a não mais que três séculos atrás), as situações prisionais observadas ao redor do mundo, mas essencialmente na periferia do capitalismo apenas são reproduzidas; esta observação já havia sido formulada por Michel Foucault no clássico “*Vigiar e Punir*”, com quem estou de pleno acordo. No mesmo sentido, Juliana Borges (2019).

4 Expressão constante do julgamento das Medidas Cautelares na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347, rel. Min. Marco Aurélio.

5 Até junho de 2016, segundo o relatório apresentado no Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias, a população prisional brasileira era de 726.712 pessoas, para um total de 368.049 vagas, o que revelava, à época, um déficit de 358.663 vagas em quantitativos absolutos.

apontava, ademais, que cerca de 40% do total de presos seriam presos provisórios sem condenação.

Dados mais recentes, especialmente os fornecidos pelo Conselho Nacional de Justiça por meio do GEOPRESIDIOS⁶, apontam o registro de 718.118 pessoas privadas de liberdade (721.596, somando-se os internos em cumprimento de medida de segurança)⁷. O relatório de Cadastro Nacional de Presos fornecido pelo Banco Nacional de Monitoramento de Prisões (BNMP 2.0) apresenta números da ordem de 602.217 pessoas privadas de liberdade, todavia, o próprio relatório menciona a imprecisão dos dados ali fornecidos haja vista estarem incompletos, considerando que estados como São Paulo e Rio Grande do Sul não teriam apresentado as informações ao tempo da disponibilização do documento.

A divergência entre os dados, no entanto, não afasta a situação de encarceramento em massa⁸ visualizado no Brasil, mormente se considerarmos as taxas de encarceramento do país (301/100 mil habitantes) em comparação com as de outros países da América do Sul como Argentina (160/100 mil habitantes), Bolívia (122) e Venezuela (178), por exemplo⁹. No universo de análise do BNMP 2.0 – CNJ, os estados/unidades da federação com as maiores taxas de encarceramento são: Acre (832,79/100 mil habitantes), Mato Grosso do Sul (834,60) e Distrito Federal (573,49); em números absolutos os estados com maiores quantidades de pessoas privadas da liberdade são: São Paulo (174.620 pessoas), Rio de Janeiro (77.950 pessoas) e Minas Gerais (58.664 pessoas). No estado do Piauí, o BNMP 2.0 aponta o número de 4.535 pessoas privadas da liberdade¹⁰, o que produz uma taxa de encarceramento de 140,87/100 mil habitantes.

Situação ainda mais alarmante é a que se verifica quando voltamos a análise

6 Página eletrônica que armazena dados das inspeções nos estabelecimentos penais a partir do Relatório Mensal do Cadastro Nacional de Inspeções nos Estabelecimentos Penais (CNIEP).

7 Disponível em: http://www.cnj.jus.br/inspecao_penal/mapa.php.

8 Podemos dizer que o termo “encarceramento em massa” seja apropriação/tradução do fenômeno vivenciado nos Estados Unidos, desde a década de 1970 até os dias atuais (taxas de encarceramento ampliadas de 100/100 mil habitantes para 450/100 mil), dadas as semelhanças com o caso brasileiro. Segundo informações disponibilizadas pelo Departamento Penitenciário Nacional – DEPEN, a população carcerária no Brasil registrou um aumento da ordem de 707% no período compreendido entre 1990 (pouco mais de 90 mil pessoas presas) até meados de 2016 (mais de 700 mil pessoas). David Garland (2001, pp. 1-2) menciona que “*aprisionamento se torna encarceramento em massa quando deixa de ser a prisão de criminosos isolados e passa a ser o aprisionamento sistemático de grupos populacionais inteiros*” (em tradução livre), ao mencionar as disparidades, nos EEUU, do aprisionamento de pessoas negras e brancas (30% de chance de jovens negros serem presos comparando a 4% de chance para jovens brancos). Dados oficiais informam que, no Brasil, no ano de 2016, 64% da população prisional era composta por pessoas negras, denotando-se, assim, sobre-representação dessa parcela populacional no âmbito estudado.

9 Dados disponibilizados no World Prison Population List, apresentado pelo World Prison Brief, disponível em: <http://www.prisonstudies.org/>.

10 4.674, segundo dados fornecidos pela plataforma digital GEOPRESIDIOS, em 15/01/2019.

para as prisões provisórias. Os resultados apresentados pelo BNMP 2.0 apresentam as prisões de natureza penal em 03 (três) categorias de análise; são elas: a de presos condenados em execução definitiva, a de presos condenados em execução provisória e a de presos sem condenação.

Pela análise dos dados do BNMP 2.0, podemos visualizar que 40,14% (241.090) dos presos penais não possuem condenação, ou seja, estão presos cautelarmente (tratam-se de prisões que visam a assegurar o “resultado útil” do processo penal). Dos demais, 24,72% (148.472) são presos condenados em cumprimento de “execução provisória da pena” e os restantes 35,15% (211.107) estão presos em cumprimento de execução definitiva de pena. Inobstante o *nomen juris* atribuído à natureza da prisão penal, pode-se observar que o total de presos provisórios no Brasil representa a parcela de 64,86% dos presos penais (como se o índice de 40,14% já não fosse suficientemente grave).

Apesar da agravada situação demonstrada pelos quantitativos das prisões provisórias no Brasil, o presente estudo buscou analisar o campo específico das prisões cautelares (mais precisamente as prisões preventivas), eis que, relativamente, representam a maioria do quantitativo de pessoas privadas da liberdade, mesmo se consideradas as 03 (três) categorias de análise definidas pelo Conselho Nacional de Justiça no BNMP 2.0.

O âmbito territorial de avaliação do problema de pesquisa foi a cidade de Teresina, capital do estado do Piauí, que, além de ser a cidade de onde é natural o pesquisador, por essa razão, torna possível, com maior facilidade, o acesso a dados sobre as decisões judiciais. Os dados sobre prisões provisórias no estado do Piauí, segundo o BNMP 2.0, revelam que 44,74% (2.023) dos presos penais são presos sem condenação¹¹. Apenas na capital, segundo dados fornecidos pela Central de Inquéritos do Tribunal de Justiça do Estado do Piauí, no período compreendido entre agosto/2017 e julho/2018, 1.119 prisões em flagrante foram convertidas em prisão preventiva, em um universo de 2.196, o que representa 50,96% de ocorrência de cerceamento cautelar físico.

A análise das decisões judiciais proferidas em audiências de custódia que culminaram com a decretação de prisão preventiva das pessoas autuadas em flagrante revela significativa recorrência ao recurso prisional “*para garantia da ordem pública*”, o que implica preocupação, eis que este fundamento, aliado ao “*para garantia da ordem econômica*” mostram-se os que menos

11 Além de 24,41% de presos condenados em execução provisória e 30,85% de presos condenados em execução definitiva.

possuem a referida natureza cautelar, a priori, entre as hipóteses elencadas no já mencionado art. 312, do CPP¹².

O presente trabalho, que é decorrente dos estudos realizados ao longo do Programa de Iniciação Científica Voluntária – ICV da Pró-Reitoria de Pesquisa e Inovação da Universidade Federal do Piauí – UFPI, pretendeu identificar, a partir de uma revisão bibliográfica e da exposição dos resultados gerais de uma pesquisa empírica, os discursos caracterizadores da chamada garantia da ordem pública, partindo-se do elemento tomado como notório de que a maioria das decisões adotaria tal fundamento.

1. PROCESSO PENAL E CRISE EPISTEMOLÓGICA

Antes de tentar definir ou apresentar uma aproximação conceitual da prisão preventiva, releva destacar, oportunamente, que ela representa um objeto de permanente disputa no âmbito das ciências criminais, especialmente quando analisadas as bases epistemológicas de processo penal desenvolvido num Estado democrático, segundo as quais convém questionar “*para quê e para quem serve o processo penal?*” (FÉLIX, 2019).

Maurício Dieter (2017) avalia que, historicamente, o processo penal brasileiro acostumou-se a ser tratado, seja na academia, seja nos tribunais, “*como se fosse a mesma coisa que processo civil*”, daí porque a tranposição de elementos típicos da processualística civil para o campo da jurisdição penal, a exemplo da figura das nulidades relativas e da necessidade de demonstração de prejuízo, delas decorrente, para a sua declaração (artigos 563 a 573 do CPP), e, nesse sentido, a própria ideia de cautelar processual.

Para o autor (DIETER, 2017), compreender o processo penal como instrumento à disposição do Estado que possibilita e legitima o exercício do poder punitivo, autoriza o intérprete a ver plena legitimidade na existência das figuras cautelares, entre elas a prisão; no entanto, o problema de fundo situa-se em observar que a disposição da liberdade humana não se equipara, por exemplo, à penhora de um automóvel ou ao bloqueio de uma quantia em uma conta bancária.

Yuri Félix (2019), na mesma perspectiva, conduz o raciocínio de que o processo penal, em um Estado que se pretende democrático, somente tem lugar na medida em que se presta a funcionar como o espaço em que o acusado exerce o seu direito de defesa, respondendo, assim, ambas as perguntas por si formula-

12 Entre os autores que ressaltam a ausência de cautelaridade da prisão “para garantia da ordem pública”, temos LOPES Jr. (2018), SANGUINÉ (2010), BARRETO (2016), BOTTINI (2013), entre outros.

das a respeito das bases epistemológicas do processo penal. Essa leitura se associa, em certa medida, à compreensão formulada por Zaffaroni *et. al.* (2003) de que o direito penal (e o sistema de justiça criminal como um todo) objetiva conter o poder punitivo, e não a dar caminhos que facilitem o seu exercício.

Vem daí a discussão epistemológica central que diz respeito à efetiva função desempenhada pelo processo penal: está ele à disposição do Estado, para que este exerça o seu poder punitivo dentro dos limites por si estabelecidos, regulados e vistoriados¹³ ou ele serve para que o acusado exerça amplamente o seu direito de defesa, constituindo, dessa forma, uma verdadeira barreira fixa a ser transpassada pelo Estado?

A escolha do “lado” a adotar epistemologicamente por certo conforma a compreensão de todo o sistema de justiça criminal e, bem assim, do exercício do poder punitivo, e, a despeito de concordar com as formulações de Zaffaroni e acolhidas no Brasil pelos demais autores acima mencionados (entre outras/os), devo ceder, no presente trabalho, para fins de mera aproximação conceitual, à corrente que se firma na academia no sentido de reconhecer o processo penal na sua função instrumental, isto é, como via adequada ao exercício regulado do poder punitivo.

De toda sorte, é bom lembrar que perceber o processo penal enquanto um instrumento (meio) não tem o condão de reduzi-lo enquanto garantia fundamental, afinal, como destaca Aury Lopes Jr., “*não devem existir pudores em afirmar que o processo é um instrumento (o problema é definir o conteúdo dessa instrumentalidade, ou a serviço de que(m) ela está) e que essa é a razão básica de sua existência*” (2006, p. 6), isto é, a depender da perspectiva que se adote, o instrumento pode assumir ora a feição de uma espada, ora de um escudo. Nessa linha, conclui o autor que a instrumentalidade processual, no campo penal, se presta à proteção e efetivação dos direitos e garantias fundamentais em oposição à violência punitiva.

A leitura da instrumentalidade (constitucional) enquanto fundamento da existência do processo penal não pode, no entanto, se fazer às cegas e sem levar em consideração a violência dos processos de criminalização já há muito informada pela criminologia crítica, como acentuam Andrade (2004), Batista (2003,

13 O poder punitivo é exclusivamente exercido pelo Estado, no entanto, é também o Estado quem cria as leis que disciplinam o exercício deste poder punitivo (Poder Legislativo); é ele quem as aplica (Poder Judiciário), e também é ele quem fiscaliza esta aplicação (Ministério Público); nessa leitura, ao exercer o poder punitivo, o aparato estatal circunda a si próprio, colocando no centro, como mero objeto de intervenção, o sujeito acusado; a vítima e o resto da sociedade, por suas vezes, nem a relação integram, situando-se, de fato, fora do círculo de intervenção.

2011) e Boiteux (2014), entre muitas outras.

A presença massiva da população negra, subescolarizada e pobre nos cárceres brasileiros aliada ao abuso das prisões provisórias e das demais medidas cautelares pessoais, que em maior ou menor medida restringem a liberdade individual, produzem um empírico que desnuda a teoria abrindo um vão de desesperança e mesmo de descrença na prevalência dos direitos e garantias fundamentais realmente para todos os brasileiros; o “*processo-instrumento-espada*” que alcança o corpo negro, pobre e periférico nem sempre encontra o “*processo-instrumento-escudo*” para protegê-lo.

2. AS DISPUTAS CONCEITUAIS A RESPEITO DA CHAMADA GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA

Na aferição dos elementos necessários à decretação da prisão preventiva, exsurge como problemática o conteúdo normativo inserido na previsão legal constante do art. 312 do CPP, especialmente no que se refere à abrangência da expressão “*garantia da ordem pública*”.

Tal problemática se materializa na necessidade de verificar em que medida a liberdade individual do sujeito processado põe em risco a ordem pública, compreendida como uma perspectiva da coletividade, e, por outro lado, em, como a prisão, salvaguardando, em tese, a ordem pública, acautela o regular andamento do processo. Aqui se afigura o ponto de inconstitucionalidade do fundamento da prisão preventiva para garantia da ordem pública, uma vez que a vagueza e amplitude do conceito faz perder a excepcionalidade, como demonstram os resultados da pesquisa.

A literatura especializada, em parte, manifesta-se pela inconstitucionalidade do fundamento da prisão “*para garantia da ordem pública*”, mormente em face do amplíssimo caráter normativo que o circunda, eis que, nesse aspecto, cabe ao intérprete/julgador a definição de ordem pública, e, dentro desta definição, identificar o perigo que a liberdade individual pode significar para ela. Nessa linha de pensamento estão Lopes Jr. (2018), Prado (2011), Tourinho Filho (2009), entre outros.

Na compreensão teórica apresentada, a abertura normativa se estende de tal modo a autorizar o arbítrio, afinal, nessa perspectiva, o julgador criaria o risco exatamente para encaixar na situação do sujeito processado. Tourinho Filho (2013, p 436) traz a discussão levantada por Antônio Magalhães Gomes Filho,

que, amparado na perspectiva de Luís Alberto Warat, traduz a “ordem pública” como “*expressão estereotipada, portadora de evidente carga emocional, cujo significado real depende de fungíveis conteúdos axiológicos ou ideológicos*”.

Sobre a ideia de que a ordem pública reflete a noção de paz social, calha destacar a compreensão de Lyra Filho (1982, p. 22), para quem:

Desta maneira, opta pela teoria política liberal, que equipara Estado e comunidade, como se aquele representasse todo o povo (ocultando, deste modo, a dominação classística e dos grupos associados a tais classes). Chama-se, então, de “paz social” a ordem estabelecida (em proveito dos dominadores e tentando disfarçar a luta de classes e grupos).

Patrick Mariano Gomes (2013), ao delinear um panorama geral sobre a presença da expressão “ordem pública” nos diversos ramos do direito, destaca que, no processo penal, esta expressão remonta à Era Vargas, sendo característica da matriz político-jurídica autoritária idealizada por Francisco Campos. Nesse contexto, a garantia da ordem pública, conluo com Cordeiro *et. al.* (2017), na medida em que reflete a cautela ao seio social, traz à tona, discursivamente, a roupagem autoritária que informou a elaboração do CPP.

André Luiz Nicolitt (2006) filia-se ao grupo de autores que se manifestam pela inconstitucionalidade da prisão preventiva para a garantia da ordem pública, eis que, para o autor, tal argumento, por sua própria etimologia, está ligado a aspectos de caráter geral que objetivam dar resposta rápida a anseios de segurança pública, não guardando, de tal forma, compatibilidade com a presunção de inocência, que possui envergadura constitucional.

Ao analisar a compreensão do sentido atribuído à expressão “*ordem pública*”, pelo STF, fazendo-o em revisão histórica de sua jurisprudência desde a década de 1930 até cerca de 2010, Gomes e Zackseski (2016) ressaltam que o surgimento da expressão deu-se num contexto de intensas perseguições políticas especialmente em face da “ameaça comunista” que circundava o Brasil autoritário do Estado Novo.

Num contexto de liberalidade policial, especialmente por conta do autoritarismo do governo central, as autoras afirmam que a dimensão do conceito de ordem pública a fim de funcionar como fundamento à prisão preventiva aparece mesmo antes de sua previsão legal no CPP/41, o que, dessa forma “*serviu como substrato de construção de uma tentativa de racionalidade no discurso jurídico-penal para justificar a perseguição aos inimigos do poder instituído, mesmo que para tanto bastasse somente a diferença no campo das ideias*” (GOMES; ZACKSESKI, 2016,

p. 114).

A vagueza da expressão e suas múltiplas possibilidades de conformação resvalam numa plasticidade modelável ao sabor das intenções do julgador. A consequência é que tamanha maleabilidade conceitual e terminológica culminou por autorizar a banalização da prisão preventiva produzindo registros de encarceramento em massa, sempre seletivo.

O recurso prisional à garantia da ordem pública, além do esvaziado conteúdo constitucional, revela a opção legislativa, e cotidiana e constantemente reproduzida por juízes, da utilização do sistema penal como mecanismo de manutenção de estruturas de poder e reprodução de violências, desde o modelo civilizatório ocidental, em que, inobstante a compreensão teórica e as funções declaradas, o sistema penal, e a prisão por excelência, não servem à resolução de conflitos, mas para a subjugação de corpos¹⁴.

Nassif (2002) anui para a possibilidade de decretação da prisão preventiva para a garantia da ordem pública, o que, a rigor, parece um contrassenso haja vista a imensa abertura normativa que marca o texto legal, ademais da cultura encarceradora “fast-food” que é a tônica do sistema de justiça criminal. Para este autor, hipóteses tradicionalmente insertas em fundamentos como conveniência da instrução criminal, a exemplo da eventual ameaça a testemunhas e destruição de provas, ou como a garantia da aplicação da lei penal, a exemplo da potencial fuga do acusado, seriam na verdade fundamentos que assegurariam a ordem pública, justificando, portanto, a prisão preventiva.

Ao que parece, ao menos prefacialmente, o problema identificado pelo autor não reside propriamente no conteúdo do fundamento, mas no *nomen juris* sob o qual ele vem qualificado, e, nesse ponto, tenho por inviável tal compreensão. Efetivamente pouco importa se a decisão veio fundamentada na garantia da ordem pública ou qualquer outro aspecto; importa, de fato, saber o quê, concretamente, se entende por ofensa ou risco à ordem pública que justifique a prisão de um ser humano; é o fundamento de fundo o relevante, e não sua roupagem.

A leitura de “*garantia da ordem pública*” realizada por Nassif encontra respaldo, todavia, no pensamento de Vicente Greco Filho (2010), para quem tal conceito “*abrange a garantia da ordem econômica, a necessidade da instrução crimi-*

14 Nesse sentido: DROIT, R.-p. (Ed.). Dos suplícios às celas. In: MOTTA, Manoel Barros da (Org.). *Michel Foucault - Ditos & Escritos VIII: Segurança, Penalidade e Prisão*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2012. Cap. 10. p. 32-36. Entrevista concedida a R.-P Droit e publicada no jornal *Le Monde*, em 21 de fevereiro de 1975, p. 16. e FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir: nascimento da prisão*; tradução de Raquel Ramallete. 42. ed. Petrópolis, RJ : Vozes, 2014. 302 p.

nal e a segurança da aplicação da pena, porque estas são, também, interesses de ordem pública” (p. 262). Constata-se aqui, tamanha a extensão do tecido normativo que envolve o conceito em questão, que, de fato, a garantia da ordem pública pode significar qualquer coisa, inclusive suas opções alternativas, segundo a redação do art. 312 do CPP.

Abstraindo-se, no entanto, a crítica direcionada aos posicionamentos a respeito da adequação dos fundamentos “conveniência da instrução criminal” e “aplicação da lei penal”, e, excluindo a análise sobre a “garantia da ordem econômica”, convém observar, ao menos em comparação com a “garantia da ordem pública”, a equiparabilidade entre os fundamentos insculpidos na lei processual penal de modo a que se prestem a assegurar o processo penal e seu resultado (útil). Vejamos.

Na medida em que a prova, e sua respectiva valoração, é essencial ao processo penal, porquanto se inexistente ou insuficiente, impossível uma condenação, justifica-se que o Estado entenda que, na sua relação (contra) com o penalmente acusado, deve prevalecer a sua prestação jurisdicional, resguardando-se, assim, a prova em detrimento da liberdade individual; assim, justificado o fundamento cautelar da conveniência da instrução criminal.

Em outro nível, se o resultado útil (ou, ao menos, socialmente esperado) do processo penal é a condenação e, conseqüentemente, o cumprimento da respectiva pena aplicada, entende-se também por justificado que o Estado se resguarde, com a prisão do penalmente acusado, de modo a evitar que este fuja, o que, porque inviabilizaria a aplicação da pena cominada ao final de um (geralmente longo) processo, tornaria, ao final, o próprio processo inútil, daí porque se justifica a cautelar baseada na garantia de aplicação da lei penal.

Quando se fala em garantia da ordem pública, todavia, é preciso inicialmente buscar as suas aproximações conceituais, fazendo-se a partir daqueles/as que a legitimam como fundamento cautelar, para assim, avaliar sua real e efetiva cautelaridade. É válido ressaltar, previamente, que aqueles/as que enxergam legitimidade no fundamento da garantia da ordem pública, por evidente, também a veem na própria noção de prisão cautelar, e isso revela, indistintamente, uma predileção para que a chamada instrumentalidade(constitucional) volte-se mais para o Estado que para o acusado penalmente¹⁵. Eis o que passarei a fazer adiante.

15 Essas legitimações não são puramente tipológicas ou discursivas, mas essencialmente ideológicas, pois informam a própria compreensão dos/as aplicadores/as do direito a respeito de uma legitimação que é prévia à própria dimensão concreta e, assim, bem longe da crítica. Historicamente, o processo de legitimação “às cegas” do processo penal, como bem ensina Maurício Dieter (2017) foi produzido pela chamada Escola Paulista

Para Vicente Greco Filho, garantir a ordem pública significa

[...] a necessidade de resposta criminal a crimes que atentam contra o sentimento social básico de respeito ao próximo, como crimes praticados com violência desmedida, o praticado contra pessoas indefesas como crianças e idosos, os praticados com requintes de crueldade, ou aqueles que, inclusive tendo em vista o comportamento dissimulado, desafiador, repulsivamente frio ou análogo, causam justa revolta social e que, por essa razão, são incompatíveis com a permanência do agente em liberdade. (2010, p. 262)

Para Fernando Capez, por sua vez, a garantia da ordem pública fundamenta a prisão preventiva

[...] decretada com a finalidade de impedir que o agente solto, continue a delinquir, não se podendo aguardar o término do processo para, somente então, retirá-lo do convívio social. Nesse caso, a natural demora da persecução penal põe em risco a sociedade. É caso típico de *periculum in mora*. (2014, p. 336-337)

Renato Brasileiro de Lima associa a garantia da ordem pública, enquanto fundamento cautelar, ao que chama de “periculosidade do agente”, que, quando presente, “*demonstra a necessidade de sua retirada cautelar do convívio social*” (2019, p. 992). Para este autor, filiando-se a uma corrente por si mesmo declarada majoritária¹⁶

[...] entende-se garantia da ordem pública como risco considerável de reiteração de ações delituosas por parte do acusado, caso permaneça em liberdade, seja porque se trata de pessoa propensa à prática delituosa, seja porque, se solto, teria os mesmos estímulos relacionados com o delito cometido, inclusive pela possibilidade de voltar ao convívio com os parceiros do crime. (Ob. Cit., p. 991)

As leituras legitimadoras, por mais diversas que sejam, são semelhantes em um ponto: nenhuma delas fundamenta a garantia da ordem pública num fundamento realmente endoprocessual¹⁷, fazendo-o com fundamentos até, eventual-

de Direito Processual, tendo como expoentes mais tradicionais, no campo processual penal, Ada Pellegrini Grinover, Antônio Magalhães Gomes Filho, Antônio Scarance Fernandes, Vicente Greco Filho, entre outros, os quais, conforme aduz Yuri Félix (2019), (re)produziram as construções teóricas que embasaram a ciência do processo penal no Brasil “de dentro para fora”, isto é, de dentro das estruturas do poder punitivo para fora de si, principalmente na academia. Leituras mais dissociadas ou, pelo menos, não tão legitimadoras do processo penal têm sido construídas mais recentemente, muito em oposição à Escola Paulista, por Jacinto Nelson de Miranda Coutinho, Geraldo Prado, André Nicolitt, Rômulo de Andrade Moreira, Ana Cláudia Bastos de Pinho, Soraia da Rosa Mendes e pelos membros da chamada Escola Gaúcha de Processo Penal, entre os quais destaco principalmente Aury Lopes Jr. e Ricardo Jacobsen Gloeckner.

¹⁶ A referência adotada pelo autor em comentário para afirmar a prevalência do posicionamento por si adotado aparenta ser o fato de que a tese defendida é que a tende a prevalecer nos tribunais, inclusive superiores. Apesar de entender a que público é destinada a obra aqui referenciada, penso que o só fato de que a tese é permanentemente aplicada pelos tribunais não deve servir de base a fundamentar a construção e reprodução de teorias que se façam acrílicas e desconectadas da realidade observável.

¹⁷ Isto é, que dizem respeito ao processo em si, não se relacionando com outros processos ou situações que lhe são estranhas.

mente, possíveis, mas que, no entanto, nada tem relação com o desenvolvimento do processo propriamente dito, isto é, a potencial prática de novos crimes, como acima sustentado por Capez e Lima, pode ensejar, eventualmente, a instauração de novos processos-crime, mas não tem como, concretamente, atrapalhar o andamento de um processo já instaurado.

Lima (Ob. Cit., p. 992), por exemplo, explica que a redação do art. 282, I do CPP¹⁸ afasta a restrição a cautelares endoprocessuais, justificando-se, dessa forma, a prisão preventiva, com fundamento na garantia da ordem pública, de modo a impedir que o acusado pratique novos crimes. Para além da confusão principiológica gerada por essa interpretação, especialmente porque formula um juízo de mais ou menos certeza a respeito da autoria, e, bem assim da culpabilidade do acusado, ruindo o estado de inocência prévio à condenação definitiva, parece haver, no mínimo, alguma imprecisão tipológica entre a leitura do art. 282, I do CPP e do art. 312 da mesma lei.

Em primeiro lugar, considerando, inclusive, que ambos os artigos possuem a redação atual conferida pela Lei nº 12.403/2011, releva destacar que as redações das disposições legais não são idênticas, a despeito de repetirem termos tais como aplicação da lei penal e necessidade à instrução criminal, o que retiraria eventual paralelismo entre as formas “*garantia da ordem pública*” e “*para evitar a prática de infrações penais*”.

Em segundo lugar, o art. 282, I do CPP menciona que as medidas cautelares ali disciplinadas deverão ser aplicadas com o objetivo de evitar a prática de infrações penais “*nos casos expressamente previstos*”, que é exatamente o oposto semântico da previsão constante do art. 312 daquela lei, porquanto este é demasiado vago, amplo e genérico.

A leitura legitimadora conduzida por Greco Filho, por sua vez, na intenção de delimitar conceitualmente um termo vago e impreciso que é a garantia da ordem pública, acaba por resvalar numa definição ainda mais vaga do que o próprio texto legal, além de impregnada de carga emotiva e conotação moralista, trazendo expressões como “*requintes de crueldade*”, “*violência contra pessoas indefesas*”, “*comportamento repulsivamente frio*”, “*revolta social*”, entre outros, que, a despeito da possível (“boa”) intenção de defesa social, ampliam indefinidamente o conteúdo normativo de um texto já, por demais, aberto.

18 Art. 282. As medidas cautelares previstas neste Título deverão ser aplicadas observando-se a: I – necessidade para aplicação da lei penal, para a investigação ou a instrução criminal e, nos casos expressamente previstos, para evitar a prática de infrações penais; [...]

De toda sorte, a vagueza de sentido concreto atribuível à “*garantia da ordem pública*”, que deve ser identificado, caso a caso, pelo julgador, no entanto, não afasta o acerto na constatação de Gomes *et. al.*, ao indicarem que “*os inimigos da ordem são aqueles que o poder político punitivo assim determina e opta por selecionar durante determinado período ou processo histórico.*” (Ob. Cit., p. 115).

3. OS TEXTOS NO CONTEXTO TERESINENSE

Como mencionado anteriormente, a pesquisa documental ensejou a identificação de trechos inteiros que foram sendo repetidos nas decisões analisadas de modo a encorpar a fundamentação nelas encampada. A elaboração de minutas de decisões judiciais e sentenças não é um problema por si só, porquanto dinamiza a sistemática de atuação do Poder Judiciário, mormente em tempos de tribunais superlotados de processos.

O problema central da identificação foi o próprio sentido discursivo veiculado nos trechos identificados, cuja análise promovemos na perspectiva da Análise Crítica do Discurso Jurídico, tomando-a como metodologia qualitativa, e, bem assim, com o dado quantitativo que será apresentado em cada trecho analisado segundo as epígrafes que indicaremos a seguir.

Pela limitação do trabalho aqui exposto, discutiremos apenas as três expressões e trechos inteiros repetidos nas decisões com maior frequência, de modo a que possamos analisá-los de forma adequada.

3.1 A NORMA LEGAL QUE DERROGA O TEXTO CONSTITUCIONAL

A partir dos documentos etnografados, pude perceber que em 715 das 914 decisões judiciais lidas (78,23%), fez-se presente o seguinte trecho: “... *verifico evidenciados os pressupostos da prisão cautelar, os quais mitigam o princípio da presunção de inocência inserto na Carta Magna...*”. O estranhamento causado e que justifica a presença do trecho aqui nesta análise está resumido na epígrafe.

Como outrora expus, os pressupostos da prisão cautelar são a prova da existência do crime e indícios suficientes de autoria, os quais encontram previsão legal no art. 312 do CPP, ao tempo em que o princípio da presunção de inocência está estampado no art. 5º, LVII da CF.

Para além da compreensão, a rigor, truncada da estrutura hierárquica que dinamiza o sistema de princípios e regras orientadores da atuação jurídica, o tre-

cho em evidência, e constantemente repetido nas decisões judiciais, revela interpretação descurada da função da medida cautelar numa perspectiva instrumental.

Isto porque não é a presença de prova de materialidade e indícios de autoria (que nas decisões mitigam a presunção de inocência) que justificam a prisão preventiva; estes elementos devem funcionar, na verdade, como condições necessárias prévias à sua aplicação, existindo, assim, antes do fundamento, e não se confundindo com este.

Além disso, se os fundamentos da prisão visam a resguardar o regular andamento do processo, prestam-se, portanto, a preservar a descoberta (teórica), ao final, a respeito da inocência ou culpa, e não partem de uma presunção de culpa para antecipar os efeitos de sua declaração numa leitura, diga-se, eficientista do processo penal.

Por outro lado, se o contrário da inocência é a culpa, estabelecem-se duas faces de uma moeda sem que haja, pela leitura que faço do art. 5º, LVII da CF, um intervalo entre essas faces, não havendo que se falar, em sede cautelar, de mitigação (diminuição) de um lado, porquanto tal conclusão ensejaria o aumento do outro lado, e, como não há intervalo, significa a própria inversão da face da moeda.

Na prática, pode até ser compreensível que o juízo condenatório (terminativo de mérito), ainda que não definitivo e independentemente da instância em que formulado, promova, ideologicamente, uma mitigação da presunção de inocência¹⁹ (ainda que nem de longe com isso se concorde), no entanto, isso somente seria possível num juízo condenatório de mérito, e não cautelar.

Este trecho, em essência, denota uma indisfarçável antecipação do juízo de culpa, que tende a se estabilizar ao longo do processo e, eventualmente, conduzir à condenação, o que faz ruir os objetivos da audiência de custódia. Isto também porque, conforme aponta Sanguiné (2010), diversas pesquisas em criminologia demonstram uma maior probabilidade de acusado preso preventivamente sofrer uma condenação ao final do processo, independentemente da robustez probatória. Aduz o autor:

A prisão provisória aumenta sensivelmente para o acusado os riscos de ser condenado ou de receber uma condenação severa e incita com frequência a considerá-lo culpado. Existe uma notória resistência dos tribunais a absolver

¹⁹ Tese que prevaleceu no STF com a formação do precedente no HC 126.292/SP, Rel. Min. Teori Zavascki.

aqueles que permaneceram em prisão preventiva, somente optando pela absolvição quando não havia para o tribunal qualquer possibilidade de condenação (Ob. Cit. p. 314)

O reforço discursivo-argumentativo encampado produz não apenas uma “mitigação” da inocência a ser presumida, mas, ao revés, um juízo prévio de culpa independentemente de prova a respeito.

3.2 A AUTORIZAÇÃO PARA PRENDER E A PRISÃO MESMO SEM AUTORIZAÇÃO

Durante a pesquisa, lendo decisão a decisão, procurei encontrar sentidos que me informassem de alguma forma, ainda que superficial, a racionalidade jurídico-decisória que orientava a atuação dos magistrados, especialmente porque, por conta da estrutura de funcionamento da Central de Inquéritos do TJPI, muitas vezes o magistrado decisor se repetia; daí foi que encontrei a primeira parte desta epígrafe: *a autorização para prender*.

Na esperança de que alguma marca de racionalidade estivesse delineada, veio-me a surpresa. Se o trecho que denotava o marco autorizador para a prisão somente aparecia em decisões que versavam sobre determinadas figuras típicas, por que havia prisões decretadas em casos de outras figuras típicas? Daí vieram as prisões mesmo sem autorização.

Chamo de autorização para prender porque em 619 das 914 decisões estudadas (67,72%), deparei-me com o seguinte trecho:

O crime de [...] supostamente praticado possui pena privativa de liberdade máxima em abstrato maior de 04 (quatro) anos, **encontrando, assim, autorização segundo o art. 313, I, do CPP, para a decretação da prisão preventiva.**

(Grifei. Trecho colhido das decisões analisadas)

Ao que parece, a “autorização” identificada nas decisões faz referência ao disposto no art. 313, I do CPP, o que anteriormente apresentei como um *standard* de intolerabilidade. Como lá já havia dito, a leitura constitucional que se atribui a tal previsão é, partindo-se da liberdade como regra e da prisão como absoluta exceção, de que nos crimes que não possuam pena máxima superior a quatro anos a prisão estaria proibida.

Pode até não haver diferenças da conclusão aqui empregada e das compreensões que os magistrados possuem sobre tal artigo; o problema que aparece é a utilização da palavra “autorização”. Ao manejar-se a ideia de que se confere

uma autorização ao magistrado, transmite-se, ideologicamente, a mensagem de que a decisão pela prisão encerra uma faculdade ao julgador, isto é, ele decide se prende se assim quiser.

No esforço compatibilizatório da prisão preventiva com o devido processo legal e, principalmente, com o princípio de presunção de inocência (porém nem tanto, como expus no tópico anterior), é uníssona a academia de que a prisão somente tem lugar quando indispensável; o que é indispensável não pode ser uma faculdade. Se há a simples autorização para prender, há também a possibilidade de que o acusado permaneça em liberdade ou que se lhe apliquem medidas cautelares diversas da prisão.

O trecho em evidência, por outro lado, constrói substrato para um raciocínio de que basta a pena máxima cominada ao suposto crime (gravidade abstrata) para que se decida pela prisão. De forma ainda mais intensa, este raciocínio chega a ficar evidente em 15 das 914 decisões (1,64%), com uma espécie de “releitura” da autorização, assim enunciada:

Além disso, **a pena máxima do crime por ele praticado, por si só já seria motivo idôneo para segregação**, uma vez que o crime de [...] possui pena privativa de liberdade máxima em abstrato maior de 04 (quatro) anos, encontrando, assim, há autorização, segundo o art. 313, I do CPP, para a decretação da prisão preventiva.

(Grifei. Trecho colhido das decisões analisadas)

Este contexto decisório, como disse, a despeito de com ele não concordar, em certa medida ensaia a construção de um caminho de racionalidade decisória sobre a matéria, atribuindo-se especial relevância à disposição do art. 313, I do CPP. No entanto, se a prisão estaria autorizada acaso a pena máxima superasse os quatro, a pesquisa revelou que houve prisões decretadas mesmo sem autorização.

Refiro-me ao trecho que se repetiu em 82 das 914 decisões analisadas (8,97%), que assim enuncia:

Como se vê, o art. 310 do CPP faz menção apenas a duas exigências para a decretação da prisão cautelar: a incidência de um dos requisitos constantes no art. 312 do referido Código e a insuficiência da aplicação das medidas cautelares diversas da prisão, **não exigindo, assim, os pressupostos do art. 313 do CPP, a saber: pena máxima superior a 4 (quatro) anos.**

(Grifei. Trecho colhido das decisões analisadas)

Se, por um lado, o trecho faz uma leitura, por assim dizer, rasa do art. 313 do CPP, eis que o critério “pena máxima do suposto crime” é apenas uma das três/

quatro hipóteses previstas naquele artigo, por outro lado, reforça a compreensão da ideia de dispensabilidade de tal critério para a decretação de prisão preventiva, aliando-se, assim, à leitura de tal pressuposto como o simples preenchimento de uma autorização.

No final das contas, os trechos aqui analisados são autoexcludentes e promovem uma quebra da racionalidade discursiva presente nas decisões judiciais, a despeito da evidente prevalência da “autorização” em relação à “prisão sem autorização”.

3.3 O DIREITO CONGRESSUAL PENAL E OS CURRÍCULOS CRIMINOSOS

Muitas das decisões judiciais analisadas continham, como fundamento principal para a decretação de prisão preventiva, a menção a que a pessoa presa e ali submetida à audiência de custódia já respondia a outros processos criminais, sendo considerado, dessa forma, um “reincidente” na prática de crimes.

Trata-se de construção discursiva que além de negar a presunção de inocência que é de direito da pessoa submetida a processo criminal nos outros processos em curso, parte da certeza sobre a culpa a respeito do crime pelo que a mesma pessoa teria sido presa em flagrante e ali estaria sob apresentação. Como diz Jordi Ferrer Beltrán:

Resulta extremamente difícil, para não dizer conceitualmente impossível, sustentar a argumentação de que o imputado é tratado como se fosse inocente e, ao mesmo tempo, que é submetido à prisão para evitar que reincida na comissão do delito. Evidentemente, para reincidir é preciso que já tenha incidido nele, que é exatamente o que a presunção de inocência obriga a presumir que não se fez. (2018, p. 161)

É um reflexo da interpretação, a meu ver imprecisa, mas reforçada pela doutrina de Lima (2019) e por parcela significativa da construção jurisprudencial, de que a simples acusação por supostos crimes anteriores seria um indício de perigo à ordem pública e, portanto, justificativa para a prisão preventiva num novo suposto crime.

A construção argumentativa em tela, no entanto, nas decisões estudadas, fez-se por meio de três trechos essencialmente repetidos e que me chamaram a atenção, sobre os quais passarei a comentar. O primeiro deles, e aqui justifico a primeira parte da epígrafe deste tópico, faz menção ao “*ENUNCIADO Nº 03, APROVADO NO I WORKSHOP DE CIÊNCIAS CRIMINAIS, realizado em*

março de 2015”, cujo conteúdo encerra:

Consiste em fundamentação idônea para a decretação da prisão preventiva por garantia da ordem pública a existência de inquéritos policiais em andamento, ações penais ou ação para apuração de ato infracional que evidenciem a reiteração criminosa por parte do réu.

O conteúdo deste enunciado já foi objeto de fundamentada e acentuada crítica formulada por Lênio Luiz Streck²⁰ (2016), em que este autor menciona que, para além da contradição entre o conteúdo do enunciado e a jurisprudência formada nos tribunais superiores, o manejo de tais “entendimentos”, e nesta pesquisa o enunciado em tela apareceu em 361 das 914 decisões lidas (39,5%), cria um campo ilimitado de argumentação que abala a parca noção de segurança jurídica que informa a atuação no Direito.

Isto porque se, ao menos teoricamente, uma prisão preventiva somente pode ser decretada em caráter excepcional, quando presentes circunstâncias concretas que demonstrem que o autuado em liberdade prejudicará o andamento do processo-crime eventualmente instaurado contra si (numa lógica esquisita em que prevalecem os interesses estatais em desfavor da liberdade individual), e, ainda que presentes tais circunstâncias, a segurança do processo não puder ser resguardada pelo manejo de medidas cautelares diversas da prisão (art. 319 do CPP), é, no mínimo, contraditória, a definição de um fundamento a priori a partir de uma fonte (do Direito?) completamente inidônea.

O texto do enunciado, no lugar de delimitar o campo de definição do que possa ou não ser ordem pública, aponta já como previamente idôneo o fundamento baseado em elementos abstratamente definidos, dizendo, inclusive, que aquilo assegurará a ordem pública. Bem revela o “*pan-enunciadismo self-service*” a que se referia Streck, que autoriza e legitima a prática do decisionismo nos tribunais e juízos singulares pelo Brasil.

Como visto, ademais, o enunciado mencionado toma como referência o passado (supostamente criminoso) do autuado para fundamentar uma prisão como argumento de fundo. As decisões judiciais, no entanto, normalmente trazem expressões retóricas que avolumam a fundamentação sem que tais expressões tenham alguma relevância concreta no dispositivo proferido. É o que se verifica com os demais trechos que, complementando a epígrafe do tópico, caracterizam os “currículos criminosos”.

20 Disponível em <https://www.conjur.com.br/2016-jan-14/senso-incomum-enunciado-self-service-feito-workshop-virou-fonte-preventiva> Acesso em 05/11/2019.

Na pesquisa realizada, encontrei em 103 das 914 decisões (11,27%) o seguinte trecho: “*Esses dados induzem/demonstram uma presunção de especial inclinação para o cometimento de crimes, bem como o desprezo ao estado de direito, a ensejar a ideia segundo a qual, uma vez solto voltará a delinquir*”. Em outras 131 das 914 decisões (14,33%), apareceu-me o seguinte trecho: “*Portanto, mostra-se que a prática de crime é estilo de vida do autuado, colocando a ordem pública em risco*”.

Os dois trechos identificados, apesar de textualmente distintos, representam ideologicamente sentidos bastante próximos, que partem de um elemento supostamente empírico (a existência de outros processos em nome do autuado) e concluem impressões sobre a própria personalidade do autuado.

O que significa uma “especial inclinação para o cometimento de crimes”? Quais “dados” permitem esta “presunção”? Como definir o “estilo de vida” de uma pessoa a partir das limitadas informações constantes de um auto de prisão em flagrante? E, mais importante, o que isso tudo tem a ver para que se resguarde o andamento do processo-crime eventualmente instaurado em decorrência da prisão em flagrante analisada?

Todas estas perguntas, à exceção da última, puderam ser parcialmente respondidas pelos múltiplos elementos constantes das decisões estudadas, mas que se resumiam essencialmente na existência de outros processos em face do autuado. O plural em “outros”, no entanto, não denota necessariamente a existência de mais de um processo anterior àquela prisão em flagrante, pois houve casos em que o antecedente seria uma única prisão por embriaguez ao volante, até a casos em que o histórico indicava várias acusações por homicídios.

A ausência de racionalidade jurídico-penal, no entanto, não prejudica a compreensão da essência retórico-argumentativa que marca os trechos em evidência. Estes trechos e o enunciado são “coringas” argumentativos que inflam o conteúdo decisório e, por certo, conduzem à conclusão, sem, no entanto, se relacionarem concretamente com ela (num sentido causa e efeito).

Entremeados entre todas as 914 decisões lidas, mas, precisamente, entre as 880 decisões que adotaram isolada ou cumulativamente a menção à garantia da ordem pública como fundamento do *periculum libertatis*, estes foram alguns dos essenciais discursos a caracterizar, argumentativamente, a necessidade de se resguardar este ente abstrato que é a ordem pública, mas cuja proteção enseja uma ação positiva dos juízes para protegê-la.

A leitura dos discursos, e sua análise crítica, como aqui conduzida, leva-nos

a questionar a real impressão do Poder Judiciário e de seus membros sobre sua função como aplicadores do direito, se se resguardam da, pelo que se vê, utópica função de guardiões dos direitos fundamentais ou se se veem como mais uma peça na engrenagem punitiva conduzida a todo custo pelo Estado, mas apenas contra os indesejáveis.

CONCLUSÃO

Ao longo da pesquisa aqui apresentada, tornou-se possível o delineamento de uma conclusão no sentido de que, entre agosto/2017 e julho/2018, na cidade de Teresina, ressaltados casos extremamente específicos que não somam duas mãos em dedos, nenhuma prisão em flagrante convertida em prisão preventiva, nas audiências de custódia, possuía fundamento materialmente cautelar, do ponto de vista endoprocessual.

A presença predominante do fundamento prisional da “garantia da ordem pública” é indicativa de prisões preventivas decretadas em fundamentos vagos, abstratos e que pouca ou nenhuma relação possuem com a segurança do processo eventualmente movido contra o autuado submetido à audiência de custódia.

Os discursos veiculados e caracterizados do aludido fundamento são múltiplos e multifacetados, mas, a priori, não condizem com a noção de cautelar, eis que majoritariamente analisam o fato supostamente criminoso imputado ao autuado, funcionando, na prática, como um juízo provisório de condenação.

O esforço retórico-discursivo, constantemente empregado pela doutrina convencional (mesmo a autointitulada crítica) e pela jurisprudência nacional, de que a prisão preventiva em nenhuma hipótese deve funcionar como antecipação de pena não parece alcançar uma dimensão material quando confrontado com a realidade empírica, considerando a análise dos discursos reproduzidos nas decisões judiciais que decretam estas prisões.

Para além do plano discursivo-decisório, a situação das pessoas presas preventivamente no Brasil é igual ou quiçá pior da que a das pessoas condenadas em cumprimento de pena, haja vista a privação da liberdade sem um juízo definitivo de culpa e oficial impossibilidade de acesso aos direitos de execução penal.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. A soberania patriarcal: o sistema de justiça criminal no tra-

tamento da violência contra a mulher. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 48, p. 260-290, maio/jun., 2004.

BATISTA, Vera Malaguti. *Difíceis ganhos fáceis: drogas e juventude pobre no Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro : Revan, 2003.

BATISTA, Vera Malaguti. *Introdução crítica à criminologia brasileira*. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

BELTRAN, Jordi Ferrer. Uma concepção minimalista e garantista da presunção de inocência. In: *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, v. 4, n. 1, p. 149-182, jan./abr. 2018. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v4i1.131>.

BOITEUX, Luciana. Drogas e cárcere: repressão às drogas, aumento da população penitenciária brasileira e alternativas. In: SHECAIRA, Sérgio Salomão (Org.). **Drogas: uma nova perspectiva**. São Paulo: Ibccrim, 2014. p. 83-103.

BNMP 2.0. Banco nacional de monitoramento de prisões – cadastro nacional de presos. Conselho Nacional de Justiça. Brasília, 2018.

CAPEZ, Fernando. *Curso de processo penal*. - 21. ed. - São Paulo : Saraiva, 2014.

CARVALHO, Salo. O encarceramento seletivo da juventude negra: a decisiva contribuição do Poder Judiciário. **Revista da Faculdade de Direito da UFMG**, [s.l.], n. 67, p.623-652, 27 jun. 2016. *Revista da Faculdade de Direito da UFMG*. <http://dx.doi.org/10.12818/p.0304-2340.2015v67p623>;

DIETER, Maurício Stegemann. Política criminal por meio do direito penal: uma crítica criminológica. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=7RtEop4nHFA> Acesso em 18/11/2019, 2017.

FÉLIX, Yuri. Bases epistemológicas de um processo penal democrático. Disponível em: https://www.ibccrim.org.br/tvibccrim_video/931-LABORATORIO-DE-CIENCIAS-CRIMINAIS-SAO-PAULO-Aula-0104 Acesso em 18/11/2019, 2019

GARLAND, D. *Mass imprisonment: social causes and consequences*. London: Sage Publications, 2001.

GEOPRESÍDIOS. Dados nas inspeções dos estabelecimentos penais. Conselho Nacional de Justiça. Disponível em: http://www.cnj.jus.br/inspecao_penal/mapa.php. Acesso em 28.11.2018.

GOMES, Patrick Mariano. *Discursos sobre a ordem: uma análise do discurso do supremo tribunal federal nas decisões de prisão para garantia da ordem pública*. 2013. 210 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Mestrado em Direito, Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, Brasília, 2013.

GRECO FILHO, Vicente. *Manual de processo penal*. - 8. ed. rev., atual. e ampl. com a colaboração de João Daniel Rossi. - São Paulo : Saraiva, 2010.

INFOPEN. *Levantamento nacional de informações penitenciárias: Atualização – junho de 2016*. Brasília, Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional, 2017.

LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de processo penal: volume único*. 7. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Ed. JusPodivm, 2019.

LOPES JÚNIOR, Aury Celso Lima. *Introdução crítica ao processo penal: fundamentos da instrumentalidade constitucional*. - 4. ed. rev., atual. e ampl. - Rio de Janeiro : Lumen Juris, 2006.

LOPES JÚNIOR. Aury Celso Lima. *Direito processual penal*. 15. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

LYRA FILHO, Roberto. *O que é direito*. 11. ed.. São Paulo: Editora Brasiliense, 1982.

NASSIF, Aramis. *Direito penal e processual penal: uma abordagem crítica*. Rio de Janeiro : Lumen

Juris, 2002.

NICOLITT, André Luiz. As subversões da presunção de inocência: violência, cidade e processo penal. Rio de Janeiro : Lumen Juris, 2006.

PRADO, Geraldo. Sistema acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais. 3. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2005.

SANGUINÉ, Odone. Efeitos perversos da prisão cautelar. In: Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, ano 18, n. 86, p. 289-335, set./out., 2010.

STRECK, Lênio Luiz. Enunciado *self service*, feito em workshop, virou fonte para preventiva. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2016-jan-14/senso-incomum-enunciado-self-service-feito-workshop-virou-fonte-preventiva> Acesso em 05/11/2019, 2016.

TOURINHO FILHO, F. C. Processo penal, volume 3. 35. ed. rev. e. atual. São Paulo: Saraiva, 2013.

WORLD PRISON BRIEF. World prison population list. 11. ed. Institute for Criminal Policy Research, 2015. Disponível em: http://www.prisonstudies.org/sites/default/files/resources/downloads/world_prison_population_list_11th_edition_0.pdf, acesso em 10.01.2019.

ZACKSESKI, Cristina Maria; GOMES, Patrick Mariano. O que é ordem pública no sistema de justiça criminal brasileiro? In: Revista Brasileira de Segurança Pública, São Paulo, v. 10, n. 1, p. 108-125, fev./mar., 2016.

ZAFFARONI, Eugenio Ral; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. Direito penal brasileiro: primeiro volume – teoria geral do direito penal. - Rio de Janeiro : Revan, 2003.

DISCURSO E FORMAS DE VERIDICÇÃO NO PROCESSO PENAL: A LEGITIMAÇÃO DO DIREITO DE PUNIR DO ESTADO ATRAVÉS DA CONFISSÃO

Marcos Eugênio Vieira Melo¹

Amanda Assis Ferreira²

Resumo: O presente trabalho visa estudar a prova de confissão e sua influência na convicção do julgador nos processos criminais brasileiros sob a ótica foucaultiana do discurso, por meio de uma análise qualitativa das sentenças provenientes de varas criminais de Maceió/AL. Trata-se de analisar a confissão como uma busca pela remissão dos pecados para o réu, de forma a servir ao juiz como a possibilidade de condenar sem o sentimento de culpa, uma vez que o acusado, aqui tratado como o herege, assumiu seus pecados e deseja se redimir. Desse modo, a confissão passa a ser vista como uma verdade processual que legitima o exercício do “direito de punir” do Estado, passando a compensar eventuais ilicitudes e erros da persecução penal. A hipótese contida no estudo, portanto, é que apesar da mudança no regime de valoração da prova no processo penal brasileiro, atualmente a confissão ainda tem um valor quase que absoluto, não tendo havido a superação do conceito de “rainha das provas”.

Palavras-chave: Confissão. Valoração da prova. Verdade absoluta.

Abstract: This paper aims to study the proof of confession and its influence on the conviction of the judge in Brazilian criminal proceedings from the Foucaultian perspective of discourse, through a qualitative analysis of sentences from criminal courts of Maceió / AL. It is a matter of analyzing confession as a search for the remission of

-
- 1 Mestre em Ciências Criminais pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul - PUCRS, Bolsista CAPES. Pós-Graduado em Processo Penal pelo Instituto de Direito Penal Económico e Europeu (IDPEE), da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra e o Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCRIM). Membro do Grupo de Pesquisa Biopolítica e Processo Penal.
 - 2 Graduanda em Direito pela Universidade Integrada Tiradentes (UNIT-AL). Pesquisadora CNPq. Membro do Grupo de Pesquisa Biopolítica e Processo Penal.

sins to the defendant in order to serve the judge as the possibility of condemning without feeling guilty, since the accused, here treated as the heretic, assumed his sins. and you want to redeem yourself. Thus, confession is now seen as a procedural truth that legitimizes the exercise of the State's "right to punish", thereby compensating for any illicitities and errors in criminal prosecution. The hypothesis contained in the study, therefore, is that despite the change in the regime of valuation of evidence in Brazilian criminal proceedings, confession currently has almost absolute value, and the concept of "queen of evidence" has not been overcome.

Keywords: Confession. Proof valuation. Absolute truth.

1 INTRODUÇÃO

O presente artigo tem como escopo fazer uma breve análise sobre a formação da verdade nos sistemas jurídicos, colocando o instituto da confissão no centro do debate. Tratou-se de estudar com uma perspectiva foucaultiana o dizer verdadeiro nas relações de poder e nas relações institucionais, bem como a relação entre a palavra da verdade e a palavra da justiça.

O primeiro tópico examinará o papel do dizer verdadeiro na prática judiciária, de forma que a história política da veridicção fique no centro. Será visto também neste tópico a instauração da forma de resolução de conflitos baseada no *inquérito* dentro das jurisdições eclesiásticas e como essa formação da verdade se desenvolveu.

No segundo tópico, adentraremos na função da confissão dentro desse regime de produção da verdade jurídica, tratando da sua função no sistema de provas tarifadas e qual a sua real importância nos sistemas jurídico-penais contemporâneo.

2 O PROBLEMA DO DIZER VERDADEIRO DO SUJEITO NO SISTEMA PENAL

Qual é o lugar e qual é o papel do dizer verdadeiro na prática judiciária? Michel Foucault faz essa pergunta em sua conferência inaugural em um curso que ele deu na Universidade Católica de Louvain, na Bélgica entre os meses de abril e maio de 1981 para criminólogos. Esse curso tinha como propósito esboçar a história da confissão como o elo entre veridicção e jurisdição.

Estudar o dizer verdadeiro para Foucault, portanto, passa por “estudar as asserções do ponto de vista das condições formais ou empíricas, que permitem dizer se elas são verdadeiras ou falsas”, mas também estudar o dizer verdadeiro etnológico, ou seja, “o dizer verdadeiro como arma nas relações entre indivíduos, como modificação de potência entre aqueles que falam e, enfim, como elemento no interior de uma estrutura institucional”, isto é, em outras palavras, estudar o dizer verdadeiro “ao mesmo tempo nas relações humanas, nas relações inter-humanas, nas relações de poder e nos mecanismos institucionais”³.

Logo, trata-se de analisar por meio de uma história política das veridicções como que se poderá aparecer, e em que condições, certo modo de veridicção (Wahrsagen), bem como o que isso representa. Desse modo, estudar o governo pela verdade acaba sendo um diagnóstico sobre o dizer verdadeiro como prática social, ou seja, pensá-lo como uma técnica nas relações entre os sujeitos, um transformador de força entre aqueles que falam e como componente dentro de uma estrutura institucional. De tal modo, no feito jurídico, no instante em que a palavra de verdade e a palavra de justiça se conectam, precisamente, é que esses contornos chamam ainda mais a atenção e ganham importância inédita.

Nesse sentido, afirma em outra oportunidade sobre a produção da verdade que

Cada sociedade tem seu regime de verdade, sua ‘política geral’ de verdade: isto é, os tipos de discurso que ela acolhe e faz funcionar como verdadeiros; os mecanismos e as instâncias que permitem distinguir os enunciados verdadeiros dos falsos, a maneira como se sanciona uns e outros; as técnicas e os procedimentos que são valorizados para a obtenção da verdade; o estatuto daqueles que têm o encargo de dizer o que funciona como verdadeiro⁴.

No curso em Louvain, Foucault adentra em três principais domínios históricos da etnologia do dizer verdadeiro no âmbito político-jurídico institucional: a Grécia antiga, o cristianismo medieval e o domínio moderno contemporâneo. Para este artigo, pretende-se focalizar nos dois últimos momentos, mais especificamente na passagem do dizer verdadeiro nas instituições jurídico-penais do cristianismo medieval para o moderno contemporâneo.

Para isso, far-se-á uma breve explanação histórica de como se comportou a prova no processo penal desde a idade média até a contemporaneidade em

3 FOUCAULT, Michel. **Malfazer, Dizer Verdadeiro**: função da confissão em juízo. Trad, Ivone Benedetti. São Paulo: Martins Fontes, p. 18.

4 FOUCAULT, Michel. **Microfísica do Poder**. 15a. ed. Organização e introdução de Roberto Machado. Rio de Janeiro: Graal, 2000, p. 12.

conjunto com a relação com a formação da verdade jurídica. Primeiramente, é importante salientar que a concepção do processo penal como sistemas de garantias tem grande incidência na matéria probatória e portanto no âmbito de sua valoração. Em processos em que o sistema político tem cariz autoritário a prova penal tende a não ter limites em sua formação e a não respeitar as garantias mínimas dos indivíduos em um devido processo penal⁵.

Essa estruturação do processo parte de um sistema probatório que está essencialmente ligada à crise da sociedade feudal na Europa e a natural expansão das monarquias absolutistas e sua tentativa de demonstração da autoridade dos reis sobre os demais membros da sociedade, ou seja, a base do sistema político estava na concentração de todos os atributos da soberania no poder central do monarca representante do Estado.

Foi daí, destarte, que se desenvolveu uma forma de resolução de conflitos em que o *inquérito*⁶ tornou-se instrumento que se adequou às novas exigências na formação da verdade de seu tempo⁷.

Esse método de formação probatória desenvolveu-se especialmente dentro das jurisdições eclesiásticas na tentativa de repressão dos pecados e da heresia⁸, o que exigia uma investigação constante das autoridades religiosas sobre o povo, que servia igualmente em conformidade com os interesses dos monarcas. Por decorrência desse método inquisitivo, exigia-se que o processo fosse escrito e secreto, bem como que a verdade fosse buscada de modo ilimitada por meio sobretudo do saber do próprio acusado, utilizando-se inclusive da tortura para se obter a confissão⁹.

5 A prova penal vem seguindo os vai-e-vem dos sistemas políticos vigentes nos distintos momentos da história e refletindo diferentes posturas (CAFFERATA NORES, J. I. **La prueba en el proceso penal**. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1986, p. 4).

6 Importante destacar que o termo inquérito utilizado aqui não se trata do mesmo que o dispositivo policial de investigação preliminar no contexto brasileiro, ou inquérito policial, mas do termo utilizado por Foucault em *A verdade e as formas jurídicas* que significa inquirição ou interrogatório, que versava como parte essencial do processo inquisitório da Europa Continental. “O inquérito é precisamente uma forma política, uma forma de gestão, de exercício do poder que, por meio da instituição judiciária, veio a ser uma maneira, na cultura ocidental, de autenticar a verdade, de adquirir coisas que vão ser consideradas como verdadeiras e de as transmitir” (FOUCAULT, Michel. **A verdade e as formas jurídicas**. Rio de Janeiro: Nau, 2003, p. 73).

7 FOUCAULT, Michel. **A verdade e as formas jurídicas**. Rio de Janeiro: Nau, 2003, p. 21.

8 Segundo BOFF, na inquisição “[...] só existe um perigo fundamental: a heterodoxia, a heresia e o herege. [...] Erro radical é a heresia ou a suspeição de heresia. Aqui se negam as verdades necessárias e se fecha o caminho para a eternidade. A perda é total. O mal absoluto. O herege é o arqui-inimigo da fé. O ser perigosíssimo. Se o perigo é máximo, máximas devem ser a vigilância e a repressão” (BOFF, Leonardo. Prefácio. In: EYMERICH, Nicolau. **Manual dos inquisidores**. Trad. Maria José Lopes da Silva. Rio de Janeiro: Rosa dos Tempos; Brasília: Fundação Universidade de Brasília, 1993, p. 11).

9 GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Direito à Prova no Processo Penal*. Imprensa: São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 21-22. Na inquisição “O Magistério, portanto, é portador exclusivo de um verdade absoluta. A verdade não é objeto de uma busca. Mas de uma posse agradecida” (BOFF, Leonardo. Prefácio. In: EYMERICH, Nicolau. **Manual dos inquisidores**. Trad. Maria José Lopes da Silva. Rio de Janeiro: Rosa dos Tempos; Brasília: Fundação Universidade de Brasília, 1993, p. 10).

De acordo com o Manual dos Inquisidores, escrito por Nicolau Eymerich em 1376, ampliado por Francisco de La Peña em 1578 e distribuído aos inquisidores que inauguravam nesta posição, o desenvolvimento do processo nesta época operava-se da seguinte maneira: iniciava-se com a acusação, denúncia ou investigação lembrando que, tratando-se de questões de fé “[...] o procedimento deve ser sumário, simples, sem complicações e tumultos, nem ostentações de advogados e juízes. Não se pode mostrar os autos de acusação do acusado nem discuti-los. Não se admitem pedidos de adiamento, nem coisas do gênero”¹⁰.

Com isso, a chamada revolução inquisitorial, na ânsia de satisfazer as exigências dos eclesiásticos no combate a heresia, e dos civis, no qual demandavam por maior repressão pelo fato do aumento da criminalidade gerado pela expansão econômica, fez nascer a maior maquinaria sistêmico-processual de produção da verdade que já existiu: o processo inquisitório, que instituiu que a produção da verdade fosse estabelecida por meio do interrogatório (*inquisitio*) e extraída do acusado a qualquer custo¹¹.

Como afirma COUTINHO,

trata-se, sem dúvida, do maior engenho jurídico que o mundo conheceu; e conhece. Sem embargo da sua fonte, a Igreja, é diabólico na sua estrutura (o que demonstra estar ela, por vezes e ironicamente, povoada por agentes do inferno!), persistindo por mais de 700 anos¹².

Assim, a busca obsessiva pela verdade marca o sistema inquisitório¹³, alimentada por uma cultura paranoica e legalmente amorfa, coloca o juiz como protagonista do sistema probatório, tornando-o praticamente onipotente dentro do processo. Percebe-se que não é por acaso que a estrutura inquisitória é movida pela ambição da verdade, que somente pode ser satisfeita pela condenação¹⁴.

- 10 EYMERICH, Nicolau. **Manual dos inquisidores**. Trad. Maria José Lopes da Silva. Rio de Janeiro: Rosa dos Tempos; Brasília: Fundação Universidade de Brasília, 1993. p. 110.
- 11 KHALED JR, Salah Hassan. **A Busca da verdade no Processo Penal**: para além da ambição inquisitorial. São Paulo: Atlas, 2013, p. 42-43.
- 12 COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. O papel do juiz no processo penal. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (Coord.). **Crítica à teoria geral do direito processual penal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 18.
- 13 No que tange ao processo inquisitório, COUTINHO afirma que: “Excluídas as partes, no processo inquisitório o réu vira um *pecador*, logo, detentor de uma “verdade” a ser extraída. Mais importante, aparentemente, que o próprio crime, torna-se ele *objeto de investigação*. É sobre si que recaem as atenções, os esforços do inquisidor. Dententor da “verdade”, dela deve dar conta. Eis a razão por que a tortura ganhou a importância que ganhou, e a confissão virou regina *probationum*” (COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Sistema acusatório: cada parte no lugar constitucionalmente demarcado. **Revista de informação legislativa**, v. 46, n. 183, p. 103-115, jul./set. 2009, p. 105).
- 14 KHALED JR, Salah Hassan. **A Busca da verdade no Processo Penal**: para além da ambição inquisitorial. São Paulo: Atlas, 2013, p. 49-66. Para LOPES JR., “A estrutura do processo inquisitório foi habilmente construída a partir de um conjunto de instrumentos e conceitos (falaciosos, é claro), especialmente o de ‘verdade real ou absoluta’” (LOPES JR., Aury. **Fundamentos do Processo Penal**: Introdução crítica. 2. Ed.

Não obstante a época da inquisição ter ficado para trás, até os dias atuais esse sistema tem influência no processo penal contemporâneo ocidental¹⁵ e, conseqüentemente, no Brasil, por toda a sua história de colonização pelos europeus.

3 CONFISSÃO COMO DIZER VERDADEIRO NO PROCESSO PENAL

Foucault concebe a confissão como um ato verbal mediante o qual o sujeito põe uma afirmação sobre o que ele mesmo é, comprometendo-se com essa verdade, pondo-se numa relação de dependência com relação ao outro e, por sua vez, também transforma a relação que tem consigo mesmo¹⁶.

Apesar de no cristianismo primitivo admitir-se como penitência uma espécie de reconhecimento de que alguém era pecador – *exomolegesis* – salientado em um ritual de suplício do corpo como uma forma de retornar à comunidade, não se tinha uma similaridade com a confissão ligada à remissão dos pecados¹⁷. Contudo, muda-se o cenário quando as chamadas práticas monásticas colocam o dizer verdadeiro como central neste movimento ligados às relações de submissão e obediência¹⁸.

Trata-se portanto de colocar no centro o exercício da fala como um exercício de domínio sobre alguém, o que faz surgir a confissão ligada à uma obediência. Foucault destaca a partir desta confissão no monastério uma rigorosa codificação das faltas e dos castigos. Com isso, depois de convertida a igreja no poder jurisdicional, haverá a juridificação da penitência através da sua sacramentalização, que faz com que haja uma obrigação de confessar, independentemente se há pecado ou não¹⁹.

São Paulo: Saraiva, 2016, p. 156).

- 15 Conforme LEGENDRE o direito e o dogmatismo não operam de qualquer jeito, mas, pelo contrário, não deixam nada ao acaso. Nisso, a interpretação da lei, imbricada com o direito canônico, constitui o direito moderno, que não pode ser “descoberta” ou “revelada” por qualquer pessoa, mas somente por aqueles legitimados a emitir discursos válidos: “o jurista é exatamente isto: o especialista, no seu lugar e no que lhe compete, de uma manipulação universal para a ordem da Lei. Ele próprio ignora isso, pois seu saber está aí para proteger a submissão e nada mais. [...] A ilusão de que não haja outra verdade senão aquela, dita em nome do texto por seu intérprete qualificado, aí está o início do jogo institucional, na aproximação do discurso inserido em um escrito rigorosamente defendido. É por isso que o sistema ocidental das censuras é inseparável de um saber particular, o da norma escrita e do fechamento desta em um objeto autenticamente sagrado, o Livro.” (LEGENDRE, Pierre. **O amor do censor**: ensaio sobre a ordem dogmática. Trad. Aluísio Menezes. Rio de Janeiro: Forense, 1983, p. 44-73).
- 16 FOUCAULT, Michel. **Malfazer, Dizer Verdadeiro**: função da confissão em juízo. Trad, Ivone Benedetti. São Paulo: Martins Fontes, p. 8 e 9.
- 17 FOUCAULT, Michel. **Malfazer, Dizer Verdadeiro**: função da confissão em juízo. Trad, Ivone Benedetti. São Paulo: Martins Fontes, p. 80-98.
- 18 FOUCAULT, Michel. **Malfazer, Dizer Verdadeiro**: função da confissão em juízo. Trad, Ivone Benedetti. São Paulo: Martins Fontes, p. 107-121.
- 19 FOUCAULT, Michel. **Malfazer, Dizer Verdadeiro**: função da confissão em juízo. Trad, Ivone Benedetti. São Paulo: Martins Fontes, p. 148-157.

Coloca-se então uma certa obrigação universal de confessar como a forma primordial e sacralizada judicialmente da penitência. Assim, esse tipo de “sujeito confessante” clássico tem um papel indispensável no sistema penal contemporâneo, uma vez que, como se viu no tópico anterior, tem no instituto do inquérito a formação da verdade jurídica, que colocada dentro de um sistema inquisitório de busca obcecada pela verdade – a verdade que o julgador precisa e é ensinado a procurar – como uma de suas marcas fundantes.

A instalação da *confissão como forma de se produzir a verdade* nos sistemas jurídicos está diretamente ligada, destarte, a substituição do sistema acusatório pelo sistema inquisitório a partir do Estado Soberano²⁰. Explica Foucault que não se trata mais de produzir a verdade através de uma disputa entre dois competidores, mas por uma decisão do soberano ou de seu representante, uma vez que a verdade procedida do acusado torna-se elemento essencial ao sistema não apenas como meio de prova, mas também como reconhecimento da soberania do próprio Estado

Desse modo, além do instituto do inquérito, bem como de um sistema secreto e escrito na formação da prova, a *teoria das provas legais* também era um fator legitimador do modelo inquisitório, por meio do qual se buscava a racionalização dos fatos através de um sistema em que cada prova tinha o seu valor previamente determinado²¹. Apesar de parecer que diante dessas regras fixas estivesse favorecido a posição do acusado, pela dificuldade de demonstração de sua culpabilidade, no entanto, essas exigências só aumentavam a severidade das investigações, pois a confissão obtida pela tortura era considerada como a prova de convencimento absoluta²².

Com isso, uma vez obtida essas provas – basicamente a confissão –, cujos

-
- 20 “A enunciação da confissão será, não apenas um meio de prova, mas também, no registro simbólico, o próprio reconhecimento da autoridade do Estado, de sua soberania. Como reconhecimento da autoridade do Estado, de sua soberania. Como acentua Foucault a confissão será um rito de soberania, onde o culpado concede aos juizes os fundamentos jurídicos e políticos para a condenação. A confissão será uma *laudatio* do pacto social e um instrumento útil para que o magistrado se livre de toda e qualquer carga psíquica no ato de condenar (é como se o confidente estivesse pedindo a punição, que viria de bom grado).” (AMARAL, Augusto Jobim do; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. A delação nos sistemas punitivos contemporâneos. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, vol. 128, pp. 65-89, fev. São Paulo: RT, 2017, p. 8)
- 21 Como assevera FERRAJOLI em relação ao procedimento inquisitivo: “se havia codificado uma verdadeira tarifa de provas que assinalava presumidamente determinadas estimações ou valores probatórios às diversas espécies de prova admitidas no processo, conforme os cálculos de suas probabilidades legalmente preestabelecidas” (FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: teoria do garantismo penal*. Revista dos Tribunais, 2002, p.129).
- 22 GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Direito à Prova no Processo Penal*. Imprensa: São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 23-24. “A confissão era a prova máxima, suficiente para a condenação e, no sistema de prova tarifada, nenhuma prova valia mais que a confissão” (LOPES JR. Aury. *Sistemas processuais penais: ainda processamos falar a respeito?* In: GLOECKNER, Ricardo Jacobsen (Org.). *Sistemas Processuais Penais*. Florianópolis: Empório do direito, 2017, p. 38).

resultados ficavam documentados por escrito, o tribunal não realizava uma livre valoração dessas provas, mas se limitava a comprovar que havia sido produzida a prova legalmente requerida para a condenação²³.

Com a superação das provas legais poder-se-ia pensar que as coisas iriam mudar em relação à forma com que a confissão seria tratada. Porém, apesar de representar uma conquista das ideias iluministas e da Revolução Francesa, contudo, o modo como foi concebido e praticado pela cultura pós-iluminista correspondeu a uma das páginas mais deprimentes da história das instituições penais: no lugar de ser um rechaço ao sistema de provas legais e indicar as condições epistemológicas da prova atuando como pressuposto indispensável da garantia probatória, passou na realidade a ser acriticamente entendida como um critério discricionário de valoração, substitutivo das provas legais, e idôneo para legitimar o arbítrio dos juízes²⁴.

No que tange à confissão, continuou-se a tratá-la como a “rainha das provas”, de forma a mantê-la na centralidade dos processos, uma vez que quando há uma confissão em um processo penal todo o processo será irradiado por ela e será difícil não usá-la como fundamentação para uma futura condenação²⁵. Foi o que demonstrou uma pesquisa feita pelo Grupo de Pesquisa Biopolítica e Processo Penal (*no prelo*) quando analisou sentenças provenientes de Varas Criminais de Maceió/AL e obteve como resultado que em 61,61% das sentenças condenatórias havia confissão e do universo dos processos em que possuía confissão como elemento de prova 100% das sentenças foram condenatórias, isto é, em todos os processos que houve confissão, independentemente se esta confissão fora feita na fase do inquérito policial ou na fase processual, teve como desfecho a condenação do “sujeito confessante”, ainda que essa condenação fosse parcial.

Dessa forma, pode-se dizer que a confissão era (e ainda é) então, aliada a

23 BACHMAIER WINTER, Lorena. Acusatorio versus inquisitivo. Reflexiones acerca del proceso penal. In: BACHMAIER WINTER, Lorena (Org.). *Proceso penal y sistemas acusatorios*. Madrid: Marcial Pons, 2XXX. p. 23.

24 FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**: teoria do garantismo penal. *Revista dos Tribunais*, 2002, p. 131-134.

25 “A confissão, noutro aspecto, dentro desse novo regime de verdade acaba assumindo ainda propriedade outra. Naquele momento, ao sair do modelo probatório tarifado definido por um código prévio, o que entrava em jogo era o vetor da consciência do julgador. Toca a ele dizer o que é convincente ou não, alijado de complicados cálculos sobre elementos de prova, em que a verdade não se pondera mais conforme unidades de medida dadas de antemão. Na prática penal, a partir da segunda metade do século XVIII, a verdade deveria se definir por elementos de demonstração ponderados racionalmente pelo julgador, o que quer dizer que a verdade que passa a atuar nesse terreno é da sorte de um assunto comum a todos, devendo ser produzida como assunto patente a todo homem soberano em sua racionalidade e consciência. Não se precisará deduzir disso a importância inédita que a confissão toma como prova irrefutável, equivalente à evidência em matéria penal e, por consequência, convertendo-se na forma de prova mais buscada judicialmente.” (AMARAL, Augusto Jobim do; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *A delação nos sistemas punitivos contemporâneos*. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, vol. 128, pp. 65-89, fev. São Paulo: RT, 2017, p. 5.)

uma informação escrita e secreta, componente de suma relevância para o sistema inquisitório²⁶. Isso não porque com a confissão se chegue a uma forma de dizer sobre determinado fato, mas porque por meio da confissão forma-se um compromisso, no qual o sujeito confessante fica obrigado a não apenas falar de si próprio, mas daquilo que afirma²⁷.

Consta-se que a confissão é uma forma do dizer verdadeiro, visto que se a confissão é falsa, deixa de ser uma confissão, tornando-se um modo de veridicção de alguém sobre si mesmo com a obrigação de dizer a verdade como forma de reconhecimento do rito de soberania do Estado. Assim, a confissão se transforma em um instrumento útil para que o magistrado se livre de toda carga psíquica no momento de condenar, como se o sujeito estivesse requerendo uma punição²⁸, nos mesmos moldes do antigo cristianismo²⁹.

Por fim, pode-se concluir que mesmo após o fim do sistema de provas tarifadas, com o julgador tendo que valorar subjetivamente os elementos probatórios em sua fundamentação da decisão, a confissão continua estabelecendo uma verdade quase que absoluta, manifestando-se no regime da evidência, garantindo não apenas a idoneidade da decisão, mas legitimando toda a persecução penal e o “direito de punir” do Estado, ainda que existam erros e/ou arbitrariedades durante esse processo.

4 CONCLUSÃO

A forma de veridicção jurídica de uma sociedade passa pelo estudo das asserções formais ou empíricas do verdadeiro e do falso, mas, fundamentalmente, passa pelo estudo do dizer verdadeiro etnológico. Isto quer dizer que o estudo da verdade jurídica passa por uma análise da história política das veridicções, uma vez que Cada sociedade tem seu regime de verdade, sua política geral de verdade.

26 “No interior do crime reconstituído por escrito, o criminoso que confessa vem desempenhar o papel de verdade viva. A confissão, ato do sujeito criminoso, responsável e que fala, é a peça complementar de uma informação escrita e secreta. Daí a importância dada à confissão por todo esse processo de tipo inquisitorial” (FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir: nascimento da prisão*. Petrópolis: Vozes, 2008, p. 35).

27 FOUCAULT, Michel. **Malfazer, Dizer Verdadeiro**: função da confissão em juízo. Trad, Ivone Benedetti. São Paulo: Martins Fontes, p. 81.

28 “Ao confessar, o acusado não apenas dá o primeiro passo no sentido de buscar a emenda como também adere, subjetivamente, ao ‘tratamento’ que lhe será aplicado mais adiante. Seja como efeito mnemotécnico do pacto social, como contrato de verdade que permite colocar a decisão fora de qualquer dúvida ou como aderência psíquica ao castigo, a confissão se apresenta como elemento ineliminável do sistema de justiça criminal.” (AMARAL, Augusto Jobim do; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. A delação nos sistemas punitivos contemporâneos. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, vol. 128, pp. 65-89, fev. São Paulo: RT, 2017, p. 8).

29 FOUCAULT, Michel. **Malfazer, Dizer Verdadeiro**: função da confissão em juízo. Trad, Ivone Benedetti. São Paulo: Martins Fontes, p. 96.

No sistema penal ocidental essa genealogia política da verdade perpassa pela história do cristianismo primitivo e sua relação com a confissão. Na sociedade medieval a base do sistema político estava na concentração de todos os atributos da soberania no poder central do monarca representante do Estado, o que fez com que o sistema de conflitos por meio do inquérito se desenvolvesse e se adequasse às exigências da formação da verdade.

Essa técnica de formação probatória (ou de formação da verdade) desenvolveu-se para investigar os pecados e as heresias, fazendo com que houvesse uma investigação constante das autoridades religiosas sobre o povo e uma busca insana pela verdade absoluta, utilizando-se da técnica da tortura para a obtenção da confissão. Com isso, passava-se a confissão como sendo a nova forma de produção da verdade a partir da substituição do sistema acusatório pelo sistema inquisitório no Estado Soberano, servindo como uma afirmação da soberania estatal.

A confissão, portanto, passa a ser um ato verbal mediante o qual o sujeito põe uma afirmação sobre o que ele mesmo e se compromete com a verdade numa relação de dependência com relação ao outro. Mesmo com a superação das provas tarifadas, na qual a confissão estava no topo da cadeia de provas, esse papel continua pertencendo a ela. Pode-se dizer que a confissão é, aliada a outros institutos, componente de suma relevância para o sistema inquisitório e, como demonstrou a pesquisa do Grupo de Pesquisa Biopolítica e Processo Penal, ainda muito utilizada nas fundamentações das sentenças condenatórias dos magistrados contemporâneos, servindo como um instrumento útil para que este se livre de toda carga psíquica no momento de condenar, como se o sujeito confessante estivesse requerendo uma punição.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMARAL, Augusto Jobim do; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. A delação nos sistemas punitivos contemporâneos. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, vol. 128, pp. 65-89, fev. São Paulo: RT, 2017.

BACHMAIER WINTER, Lorena. Acusatorio versus inquisitivo. Reflexiones acerca del proceso penal. In: BACHMAIER WINTER, Lorena (Org.). **Proceso penal y sistemas acusatorios**. Madrid: Marcial Pons, 2XXX.

CAFFERATA NORES, J. I. **La prueba en el proceso penal**. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1986.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Sistema acusatório: cada parte no lugar constitucionalmente demarcado. **Revista de informação legislativa**, v. 46, n. 183, p. 103-115, jul./set. 2009.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. O papel do juiz no processo penal. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (Coord.). **Crítica à teoria geral do direito processual penal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

EYMERICH, Nicolau. **Manual dos inquisidores**. Trad. Maria José Lopes da Silva. Rio de Janeiro: Rosa

- dos Tempos; Brasília: Fundação Universidade de Brasília, 1993.
- FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**: teoria do garantismo penal. Revista dos Tribunais, 2002.
- FOUCAULT, Michel. **A verdade e as formas jurídicas**. Rio de Janeiro: Nau, 2003.
- FOUCAULT, Michel. **Microfísica do Poder**. 15a. ed. Organização e introdução de Roberto Machado. Rio de Janeiro: Graal, 2000.
- FOUCAULT, Michel. **Malfazer, Dizer Verdadeiro**: função da confissão em juízo. Trad, Ivone Benedetti. São Paulo: Martins Fontes.
- FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**: nascimento da prisão. Petrópolis: Vozes, 2008.
- GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **Direito à Prova no Processo Penal**. Imprensa: São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.
- LEGENDRE, Pierre. **O amor do censor**: ensaio sobre a ordem dogmática. Trad. Aluísio Menezes. Rio de Janeiro: Forense, 1983.
- LOPES JR., Aury. **Fundamentos do Processo Penal**: Introdução crítica. 2. Ed. São Paulo: Saraiva, 2016.
- LOPES JR. Aury. Sistemas processuais penais: ainda processamos falar a respeito? In: GLOECKNER, Ricardo Jacobsen (Org.). **Sistemas Processuais Penais**. Florianópolis: Empório do direito, 2017.
- KHALED JR, Salah Hassan. **A Busca da verdade no Processo Penal**: para além da ambição inquisitorial. São Paulo: Atlas, 2013.

FALSAS MEMÓRIAS: APLICAÇÃO DA ENTREVISTA COGNITIVA EM SUBSTITUIÇÃO AO DEPOIMENTO ESPECIAL

Juliana Leonora Martinelli Giongo¹

RESUMO: A Lei n.º 13.431/2017 foi a responsável por trazer uma regulamentação nacional para um problema antigo: a inquirição de crianças e adolescentes no processo penal. Após intensa movimentação legislativa, nasceu o Depoimento Especial, novo nome dado ao anterior Depoimento Sem Dano (DSD). Ocorre que, apesar de bem intencionado, os idealizadores do Depoimento Especial deixaram de observar uma questão vital: fazer um regramento que impedisse/minimizasse a possibilidade de falsas memórias. Esse fenômeno é muitíssimo comum, especialmente quando se está diante de uma criança ou adolescente. Existem técnicas desenvolvidas por especialistas na área, que são aplicadas justamente para que o relato contado não seja contaminado e, assim, traga uma narrativa fidedigna com a realidade vivenciada. A Entrevista Cognitiva é um exemplo disso. Logo, se a intenção é respeitar o menor, pode-se optar pela confecção de perícia mediante a utilização da Entrevista Cognitiva, ao invés de impor a oitiva judicial.

PALAVRAS-CHAVE: Depoimento especial, Falsas memórias, Entrevista cognitiva, Lei 13.431/2017.

ABSTRACT: The law n.º 13.431/2017 was the responsible for bringing the national regulation about an old issue: the children and teenagers questioning's on criminal process. After an intense law-making movement, they created the Special Testimony, a new designation for No Damage Testimony, a no longer regular expression. Even though is a well thought project, the Special Testimony creators didn't pay attention to a crucial point: making a rule that stop/minimize the false memories possibilities. It is a very common phenomenon, especially in front of a child or a teenager. There

¹ Mestranda no Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais (PUC/RS). Pós-graduada no Curso de Especialização em Ciências Penais (PUC/RS). Bacharela em Direito (PUC/RS). Advogada. juliana_giongo@hotmail.com.

are techniques developed by specialists applied exactly to avoid an contaminated testimony and to bring a reliable narrative to the experienced reality. The Cognitive Interview is an example. Therefore, if the intention is to respect the child, it is possible to choose a technical inspection trough the Cognitive Interview, instead of a judicial deposition.

KEYWORDS: Special testimony, False memories, Cognitive interview, Law n.º 13.431/2017.

INTRODUÇÃO

Quando se trata de comprovação da existência de um crime, não se pode negar que a prova oral assume um papel decisivo, especialmente a palavra da vítima. Estando em discussão crime praticado contra ou testemunhado por criança e adolescente, a colheita da prova oral se torna mais problemática e surge o seguinte questionamento: como realizar a inquirição? Essa provocação é muito válida, haja vista que esses depoentes, por sua pouca idade, possuem uma alta sugestionabilidade, bem como uma alta capacidade imaginativa.

Sabendo dessa situação, em 2017, através da Lei n.º 13.431, estabeleceu-se o sistema de garantia de direitos da criança e do adolescente vítima ou testemunha de violência, com o que se normatizou o Depoimento Especial, que é a nova nomenclatura dada ao já aplicado Depoimento Sem Dano. Seja o Depoimento Especial, seja o Depoimento Sem Dano, a finalidade é a mesma: trazer uma forma alternativa de inquirição de menores.

Cabe explicar que as falsas memórias, decorrentes da sugestionabilidade mencionada, podem ter origem em processo externo e em processo interno. Especificamente no primeiro caso, há um estímulo do meio (do entrevistador, por exemplo), que faz com que o depoente incorra em criação de falsas lembranças e, assim, passe a transmitir informações que acredita serem verdadeiras, quando, na realidade, sequer aconteceram. Não se está, aqui, falando de reprodução de mentiras, haja vista que a pessoa acredita, verdadeiramente, estar narrando uma situação vivenciada.

Então, exatamente porque até mesmo o entrevistador pode acarretar na fabricação de memórias inverídicas, é importante estudar se o Depoimento Especial, da forma como restou regulamentado, foi capaz de afastar a possibilidade de existência desse fenômeno.

Portanto, através de uma revisão bibliográfica, este trabalho tem o propósito de analisar o depoimento prestado por crianças e adolescentes, focando em como essas pessoas são manipuláveis e podem incorrer em falsas memórias, contaminando, assim, seu relato. A seguir, será imprescindível analisar o Depoimento Especial, sua sistemática e suas falhas, notadamente porque, no Brasil, é o método de inquirição imposto para crianças e adolescentes vítimas e testemunhas de violência. Ao final, serão apresentadas medidas de redução de danos, em especial a possibilidade de inquirição desses menores via Entrevista Cognitiva, substituindo-se o depoimento judicial.

1 FALSAS MEMÓRIAS E A PROBLEMÁTICA DO DEPOIMENTO PRESTADO POR CRIANÇAS E ADOLESCENTES

As falsas memórias são um fenômeno que afeta as lembranças do indivíduo. Cabe destacar que o termo *falsas lembranças* apareceu, pela primeira vez, nos estudos de Theodule Ribot no ano de 1881, quando o intelectual analisou casos em que o sujeito possuía uma lembrança sobre dado acontecimento, mas tal recordação estava errada².

Falsas memórias podem ocorrer, quando um terceiro sugere informações, distorcendo a memória do ouvinte sobre um dado evento ocorrido anteriormente; isso porque as percepções e interpretações de outras pessoas podem interferir no modo como determinada lembrança é recordada³. Esse é o chamado efeito da sugestibilidade na memória, ou seja, a aceitação de uma informação falsa referente a um evento já ocorrido e, após, a incorporação dessa informação na lembrança daquele episódio⁴.

Não se pode olvidar que o fenômeno das falsas memórias é completamente diferente da mentira. Esta é um ato consciente, sendo a pessoa conhecedora da criação e da manipulação operadas. As falsas memórias, por outro lado, ocorrem quando o agente acredita honestamente no que está declarando, muito embora esteja sob a influência de uma sugestão externa de algum dado inverídico ou, inclusive, sugestão interna, mas inconsciente⁵. Nas falsas memórias, em suma,

2 SCHACTER, Daniel L. **Os sete pecados da memória**: como a mente esquece e lembra. Tradução de Sueli Anciães Gunn. Rio de Janeiro: Rocco, 2003, p. 113-114.

3 NEUFELD, Carmem Beatriz; BRUST, Priscila Goergen; STEIN, Lilian Milnitsky. Compreendendo o fenômeno das falsas memórias. In: STEIN, Lilian Milnitsky (org.). **Falsas memórias**: fundamentos científicos e suas aplicações clínicas e jurídicas. Porto Alegre: Artmed, 2010, p. 26.

4 GUDJONSSON, Gisli H. The relationship between interrogative suggestibility and acquiescence: empirical findings and theoretical implications. **Personality and individual differences**, Great Britain, v. 7, n. 2, p. 195-199, 1986, p. 195.

5 LOPES JR, Aury. **Direito processual penal**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 485.

a pessoa declara algo que não condiz com a realidade, porém de maneira totalmente inconsciente; ela realmente acredita estar apresentando uma narrativa condizente com os fatos.

O fenômeno em questão ganha espaço, quando se está diante de um crime envolvendo criança ou adolescente, que precisa testemunhar o que vivenciou para outra pessoa, chamada de entrevistador ou inquiridor. No momento em que uma criança ou adolescente entra no universo do crime, seja como vítima seja como testemunha, os sentimentos mais presentes são medo e insegurança. Essa situação, aliada à sua imaturidade psicológica e orgânica, faz com que o infante se torne facilmente manipulável, tornando difícil imprimir credibilidade ao seu depoimento⁶.

A memória não funciona como uma reprodutora de um filme gravado, isto é, ela não permanece imutável, podendo sofrer interferência. Uma interferência possível é a ocorrência de falsas memórias, fenômeno que pode ser provocado por uma atitude externa ou por uma situação interna ao sujeito. Tratando-se de menores de idade, um fator externo que pode fazer surgir falsas memórias é exatamente a condução do depoimento do infante pelo profissional responsável⁷.

A título exemplificativo, pode-se citar que até o tipo de questionamento empregado no depoimento é determinante para o seu sucesso. Através de pesquisas, descobriu-se que a realização de perguntas fechadas e repetidas até pode ser mais efetiva, no sentido de que se consegue maiores informações da criança, contudo traz maiores chances de se obter um falso positivo sobre a autoria de crimes; a solicitação de um relato livre, portanto, seria uma medida menos efetiva, mas traria mais informações precisas⁸.

É necessário pontuar que a condução do depoimento de crianças e adolescentes deve considerar sua história de vida, porquanto daí decorrem suas características psicológicas. Por isso, a faixa etária, as condições socioeconômicas e afetivas são critérios que devem ser observados pelo condutor do depoimento, tendo em vista que, para cada tipo de depoente, há uma linguagem a ser aplicada⁹.

Além das características do próprio infante, há circunstâncias envolvendo

6 FIORELLI, José Osmir; MANGINI, Rosana Cathya Ragazzoni. **Psicologia jurídica**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 361-362.

7 PISA, Osnilda. **Psicologia do testemunho: os riscos na inquirição de crianças**. 2006. Dissertação (Mestrado em Psicologia) – Faculdade de Psicologia, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2006, p. 20.

8 BINET, 1900 *apud* CECI, Stephen J.; FRIEDMAN, Richard D. The suggestibility of children: scientific research and legal implications. **Cornell Law Review**, Ithaca, v. 86, n. 1, p. 33-108, nov. 2000, p. 40-41.

9 FIORELLI, José Osmir; MANGINI, Rosana Cathya Ragazzoni. **Psicologia jurídica**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 362-364.

o crime praticado que influenciam no depoimento, tais como: (a) se a violência praticada contra o menor teve origem dentro ou fora do lar; (b) se o menor convivía rotineiramente com situações violentas; e (c) se o local em que inserido o infante é, mesmo que aparentemente, um ambiente familiar estável. Cada situação, como anteriormente mencionado, necessita de uma linguagem diversa a ser utilizada pelo inquiridor, respeitando-se a individualidade do menor¹⁰.

Nota-se, assim, que a linguagem é uma das principais barreiras a ser superada, uma vez que o inquiridor deve: (a) emitir uma linguagem que o menor entenda; (b) compreender a linguagem que o menor utiliza; e (c) preservar a integridade psíquica do depoente¹¹, evitando a ocorrência de falsas memórias.

Nesse ponto, Aury Lopes Jr refere que se deve ter muita cautela com o depoimento infantil, especialmente nos crimes contra a liberdade sexual que não deixam vestígios. Nessas situações, tal depoimento é a principal prova a ser confeccionada¹² e, como se viu, o depoimento pode ser manipulável se colhido de modo errado.

Cristina Di Gesu afirma que as crianças são as mais vulneráveis às falsas memórias, eis que a tendência infantil é a de corresponder às expectativas do que deveria acontecer, bem como às expectativas do inquiridor¹³. Desse modo, deve-se ter cuidado com o depoimento infantil pelos seguintes motivos: (a) as crianças não estão acostumadas a fornecer narrativas sobre suas experiências; (b) o decurso do tempo dificulta a recordação do fato; (c) há dificuldade de se lembrarem de eventos que causam dor, estresse ou vergonha¹⁴; e (d) o menor dificilmente afirma que não sabe de algo, formulando sua resposta para agradar ao inquiridor¹⁵.

Stephen Ceci e outros autores, também estudando o assunto em comento, trazem que, para além do problemático processo de recuperação da memória, a sugestibilidade infantil é decorrente da interação de dois grandes fatores: (a) aquele relacionado às características do próprio depoente; e (b) aquele relaciona-

10 FIORELLI, José Osmir; MANGINI, Rosana Cathya Ragazzoni. **Psicologia jurídica**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 363.

11 FIORELLI, José Osmir; MANGINI, Rosana Cathya Ragazzoni. **Psicologia jurídica**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 361.

12 LOPES JR, Aury. **Direito processual penal**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 484.

13 DI GESU, Cristina. **Prova penal e falsas memórias**. 2. ed. ampl. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014, p. 147.

14 CECI; BRUCK, 1996 *apud* PISA, Osnilda. **Psicologia do testemunho: os riscos na inquirição de crianças**. 2006. Dissertação (Mestrado em Psicologia Social e da Personalidade) – Faculdade de Psicologia, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2006, p. 52.

15 DI GESU, Cristina. **Prova penal e falsas memórias**. 2. ed. ampl. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014, p. 151.

do à entrevista¹⁶.

Com efeito, o tipo de entrevista, a forma da inquirição e as circunstâncias da mesma são vitais para a confecção de uma prova oral de qualidade, uma vez que tudo pode levar à sugestionabilidade do depoente¹⁷, o que acarreta em uma prova desconectada da realidade. Apontam-se três meios pelos quais o inquiridor pode incorrer na indevida sugestionabilidade: (a) o estilo de perguntar, utilizando, por exemplo, perguntas fechadas (com resposta de sim ou não) e repetindo questionamentos já feitos; (b) a “atmosfera” gerada na entrevista, o que envolve o tom em que as perguntas são feitas, a apresentação de estereótipos em relação à determinada pessoa, entre outros pontos; e (c) a utilização de técnicas para facilitar a recordação do fato e a narração sobre o ocorrido, tais como o uso de bonecos anatômicos¹⁸ com o objetivo de que a criança explique como se deu o suposto abuso sexual.

Não é só, pois, quando o investigador possui convicções prévias sobre o evento, moldando suas perguntas para, no seu entender, aumentar o número de informações úteis a ser extraídas do infante, é grande a possibilidade de ocorrência de falsas memórias. O inquiridor, nessa situação, tem a tendência a não desafiar o relato dado pela criança, quando este se adequa com as suas convicções, mesmo que ela traga elementos incompatíveis ou estranhos, os quais são, ao final, ignorados. Por outro lado, se o relato não se coaduna com a sua hipótese, o entrevistador começa a repetir questionamentos, incorrendo em sugestionabilidade. Toda essa situação é denominada encorajamento estruturado¹⁹.

Dessarte, o entrevistador, quando da captura do depoimento de crianças e de adolescentes, ambos mais propensos à sugestão, deve estar devidamente capacitado para a realização do ato. Essa capacitação começa com o conhecimento de características do depoente, de circunstâncias envolvendo o crime supostamente cometido e da família da vítima; após, quando da entrevista propriamente dita, o inquiridor deve tomar cuidado com o modo que efetua perguntas e com a atmosfera que acaba criando, preferindo relatos livres a perguntas fechadas, pois, assim, as informações obtidas serão mais condizentes com a realidade, existindo

16 CECI, Stephen J. *et al.* Unwarranted assumptions about children’s testimonial accuracy. **Annual Review of Clinical Psychology**, Palo Alto, v. 3, p. 311-328, 2007, p. 318.

17 WELTER, Carmen Lisbôa Weingärtner; FEIX, Leandro da Fonte. Falsas memórias, sugestionabilidade e testemunho infantil. *In*: STEIN, Lilian Milnitsky (org.). **Falsas memórias: fundamentos científicos e suas aplicações clínicas e jurídicas**. Porto Alegre: Artmed, 2010, p. 172-173.

18 CECI; BRUCK; BATTIN, 2000 *apud* WELTER, Carmen Lisbôa Weingärtner; FEIX, Leandro da Fonte. Falsas memórias, sugestionabilidade e testemunho infantil. *In*: STEIN, Lilian Milnitsky (org.). **Falsas memórias: fundamentos científicos e suas aplicações clínicas e jurídicas**. Porto Alegre: Artmed, 2010, p. 173.

19 BRUCK; CECI, 2002 *apud* BRUCK, Maggie; CECI, Stephen J.; HEMBROOKE, Helene. The nature of children’s true and false narratives. **Developmental Review**, v. 22, n. 3, p. 520-554, set. 2002, p. 521-522.

menores chances de falsas memórias e, conseqüentemente, menores chances de se condenar alguém com base em um relato fantasioso.

2 O DEPOIMENTO ESPECIAL COMO REGRA NA OITIVA DE MENORES DE IDADE

A inquirição de crianças e adolescentes sempre foi algo problemático, uma vez que a pouca idade daquele que está depondo traz preocupação, especialmente com a possibilidade de contaminação do seu relato com falsas memórias. Nesse cenário e diante do pouco conhecimento dos juristas em saber lidar com o fato de um menor estar na cadeira de depoimento²⁰, entendeu-se como necessária a implantação de um método de entrevista alternativo, visando atender às necessidades do processo e do depoente. Criou-se, então, o método chamado de Depoimento Sem Dano (DSD), que, após a promulgação da Lei n.º 13.431/2017, passou a se chamar Depoimento Especial.

A Lei n.º 13.431, sancionada em 04 de abril de 2017, com entrada em vigor em abril de 2018, é oriunda do Projeto de Lei n.º 3.792 de 2015. A legislação em questão, cabe destacar, visa o estabelecimento de um sistema de garantia de direitos da criança e do adolescente vítima ou testemunha de violência. Aliás, é interessante observar a justificativa ao Projeto de Lei n.º 3.792/2015, eis que seus autores disseram que o objetivo para a criação do Diploma era o estabelecimento de um marco normativo da escuta de crianças e adolescentes, especialmente porque o Brasil estava sem qualquer legislação sobre o tema, o que, normalmente, criava graves situações de violência institucional.

Então, a Lei n.º 13.431/2017, a partir do artigo 7º, traz a regulamentação do Depoimento Especial, antigamente chamado de Depoimento Sem Dano (DSD), que é a forma pela qual o Estado achou mais adequado ouvir o menor de idade que testemunhou ou foi vítima de alguma forma de violência. O Depoimento Especial, consoante prega o artigo 11 da Lei, será, sempre que possível, realizado uma única vez, em sede de produção antecipada de prova judicial, garantindo-se a ampla defesa do investigado. O pedido de novo depoimento, com efeito, é medida excepcional.

Segundo a Lei de 2017, o Depoimento Especial é regido por protocolos (artigo 11), tudo em vista do cumprimento de diversos direitos e garantias fundamentais (artigo 5º), dentre os quais se destaca a necessidade de o menor ter

20 LOPES JR, Aury; ROSA, Alexandre Morais da. **Processo penal no limite**. Florianópolis: Empório do Direito, 2015, p. 91.

considerada a sua condição de pessoa em desenvolvimento, a proteção à sua intimidade e condições pessoais e o recebimento de assistência qualificada jurídica e psicossocial especializada. Pelo procedimento legal, o infante será resguardado de qualquer contato, mesmo que visual, com o suposto autor ou acusado ou qualquer pessoa que represente ameaça, coação ou constrangimento (artigo 9º). A entrevista propriamente dita será efetuada em local apropriado e acolhedor, com infraestrutura e espaço físico que garantam a privacidade do depoente (artigo 10). Noutra giro, o protocolo a ser seguido começa com o fato de o profissional especializado ter de esclarecer ao depoente sobre o Depoimento Especial, informando, ainda, sobre os seus direitos e os procedimentos que serão adotados, sendo vedada a leitura de qualquer peça processual. Com os esclarecimentos, começa-se a tomada do depoimento, assegurando-se ao menor a livre narrativa sobre a situação vivenciada, podendo o profissional, durante a narrativa, intervir, utilizando técnicas que permitam a elucidação dos fatos. Encerrada essa etapa, o juiz consultará o Ministério Público, o defensor e os assistentes técnicos e, após, avaliará a pertinência de perguntas complementares, que serão organizadas em bloco. Havendo perguntas complementares, o profissional poderá as adaptar à linguagem que o depoente melhor compreenda. Todo o ato, ainda, será transmitido em tempo real para a sala de audiência e gravado em áudio e vídeo.

Em suma, quem realiza as perguntas das partes é o juiz, repassando-as ao entrevistador, que, por seu turno, as repassa, em linguagem acessível, à criança/adolescente. O entrevistador, igualmente, conforme expresso na Lei, poderá interromper a narrativa livre do depoente, efetuando questionamentos, com o objetivo de elucidar detalhes. Percebe-se, assim, que a previsão procedimental legal contempla práticas firmemente não recomendadas pelos especialistas no fenômeno de falsas memórias.

O ato de o entrevistador interromper a narrativa livre do depoente é inadmissível em se tratando de falsas memórias, eis que pode levar à sugestão. No entanto, não espanta essa determinação estar prevista na Lei de 2017, porquanto, no Projeto de Lei que a originou, não foi consultado sequer um especialista no estudo das falsas memórias. De todos os integrantes do grupo de trabalho para a confecção do Projeto, destacam-se duas pessoas da área da Psicologia, mas ninguém com área de atuação na falsificação da memória, o que seria vital para a normatização adequada de método de inquirição que visa à redução da violência em crianças e adolescentes, no que se incluem as falsas memórias.

Inclusive, uma vez que a realização do depoimento envolve psicólogos e

assistentes sociais, que são os responsáveis por efetuar os questionamentos aos menores; os Conselhos Federais de Psicologia e de Serviço Social resolveram se manifestar acerca do tema.

Eunice Teresinha Fávero, em parecer técnico sobre a utilização de assistentes sociais na técnica, aponta que o Depoimento Especial aparece, no cenário jurídico, como a “grande mágica” capaz de resolver toda a problemática envolvendo a comunicação entre operadores do Direito e crianças e adolescentes, seja pela falta de base formativa desses profissionais para tal tarefa, seja pela dificuldade de se estabelecer limites normativos que impeçam a revitimização²¹.

Nesse mesmo parecer, há uma colocação extremamente pertinente, no sentido de que o assistente social, no exercício de seu ofício, efetua uma avaliação técnica, e esta supõe uma base teórica, técnica e ética que possibilite garantir os direitos de todos os sujeitos envolvidos na situação (vítima e acusado). Essa avaliação é concretizada ao longo de inúmeras entrevistas, garantindo-se até mesmo o direito de a vítima não querer falar sobre o ocorrido. Isso, porque não cabe ao assistente buscar a confissão ou a “verdade” dos fatos, a fim de subsidiar eventual condenação²², conforme acontece no Depoimento Especial.

Ainda, refere categoricamente que o dito Depoimento Sem Dano, na realidade, não deixa de expor a criança/adolescente a uma (nova) situação de violência, o que, inevitavelmente, causa danos ao menor. Fala-se isso, porquanto o menor, ao depor, tem a responsabilidade de acusar alguém, sendo que tal pessoa, normalmente, mantém algum tipo de vínculo afetivo consigo²³. Então, como afirma Alexandre Morais da Rosa, a violência sempre está presente, não sendo viável acreditar em uma intervenção probatória que não traga algum mal²⁴.

Aury Lopes Jr e Alexandre Morais da Rosa, ao escreverem sobre o assunto, sustentam que chamar o método analisado de Depoimento Sem Dano demonstra, de pronto, uma certa arrogância, haja vista que a técnica, antes mesmo de ser aplicada, já se afirma isenta de possíveis danos. Referem que a criação da técnica

21 FÁVERO, Eunice Teresinha. **Parecer técnico:** metodologia “depoimento sem dano”, ou “depoimento com redução de danos”. São Paulo: Conselho Federal de Serviço Social, 2008, p. 2. Disponível em: http://www.aasptjsp.org.br/sites/default/files/dsd_parecercfess.pdf. Acesso em: 18 jun. 2017.

22 FÁVERO, Eunice Teresinha. **Parecer técnico:** metodologia “depoimento sem dano”, ou “depoimento com redução de danos”. São Paulo: Conselho Federal de Serviço Social, 2008, p. 33-34 e 36. Disponível em: http://www.aasptjsp.org.br/sites/default/files/dsd_parecercfess.pdf. Acesso em: 18 jun. 2017.

23 FÁVERO, Eunice Teresinha. **Parecer técnico:** metodologia “depoimento sem dano”, ou “depoimento com redução de danos”. São Paulo: Conselho Federal de Serviço Social, 2008, p. 30. Disponível em: http://www.aasptjsp.org.br/sites/default/files/dsd_parecercfess.pdf. Acesso em: 18 jun. 2017.

24 ROSA, Alexandre Morais da. O depoimento sem dano e o advogado do diabo – A violência “branda” e o “quadro mental paranoico” (Cordero) no processo penal. In: POTTER, Luciane; BITENCOURT, Cezar Roberto (org.). **Depoimento sem dano:** por uma política criminal de redução de danos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 170.

se deu para auxiliar na punição de agressores de crianças e adolescentes, e isso muito antes de se saber se eles realmente cometeram algum crime; então, chamam o Depoimento em questão de “espetáculo punitivo do bem”²⁵.

O Conselho Federal de Psicologia também pontuou que, no Depoimento Especial, a vontade da criança/adolescente, caso não queira depor, não é respeitada pelo juiz, que faz com que o menor se dirija à uma sala para, obrigatoriamente, conversar com um técnico²⁶.

Aproveitando a crítica e dando um enfoque às falsas memórias, tem-se que Aury Lopes Jr e Alexandre Morais da Rosa destacam que, na técnica analisada, confunde-se o direito de ser ouvido com a necessidade de inquirição judicial, haja vista que a oitiva do menor não precisa ser necessariamente em um ambiente de perguntas e respostas. Frisam, nesse sentido, que, ao perguntar, o entrevistador utiliza técnicas de sugestão deliberadas para desvelar aquilo que já acredita que aconteceu; isto é, quando se inquire uma criança/adolescente, o entrevistador já parte do princípio de que ela foi vítima de algum tipo de violência e, em razão disso, as técnicas usadas sugestionam o entrevistado a confirmar essa expectativa. O Depoimento Especial, conseqüentemente, torna-se apenas o meio para a confirmação das ideias do entrevistador, o que abre amplo espaço para as falsas memórias; fato que poderia ser evitado pela oitiva do menor de outro modo²⁷.

Eduardo Cambi e Priscila Sutil de Oliveira possuem posicionamento semelhante. Afirmam, em estudo sobre o Depoimento Sem Dano e as falsas memórias, que, na utilização daquela técnica, “o entrevistador pode influenciar o entrevistado em relação às suas respostas e até mesmo manipular os questionamentos, a fim de adequá-los à sua hipótese previamente concebida”. Tendo essa ideia, concluem que a melhor alternativa para a oitiva de menores é a realização de prova pericial, podendo ser uma análise multidisciplinar, sempre feita por especialistas na área da infância e adolescência, cabendo às partes e ao juiz elaborarem quesitos, caso entendam pela sua pertinência²⁸.

Aliás, como na regulamentação do Depoimento Especial é prevista a oitiva do menor em apenas uma entrevista, a possibilidade de falsas memórias aumenta,

25 LOPES JR, Aury; ROSA, Alexandre Morais da. **Processo penal no limite**. Florianópolis: Empório do Direito, 2015, p. 91.

26 CONSELHO FEDERAL DE PSICOLOGIA. **Depoimento sem dano é um desrespeito ao desejo da criança**. Porto Alegre: CRPRS, 2008. Disponível em: <http://www.crprs.org.br/comunicacao/noticias/depoimento-sem-dano-e-um-desrespeito-ao-desejo-da-crianca-395>. Acesso em: 18 jun. 2017.

27 LOPES JR, Aury; ROSA, Alexandre Morais da. **Processo penal no limite**. Florianópolis: Empório do Direito, 2015, p. 92.

28 CAMBI, Eduardo; OLIVEIRA, Priscila Sutil de. Depoimento sem dano e falsas memórias. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 39, n. 235, p. 21-50, set. 2014, p. 45 e 48.

já que o profissional se vê no dever de conseguir uma resposta adequada da criança/adolescente sobre o fato analisado²⁹. O menor, por sua vez, ao ver que falar “sim” ou “não” não basta e gera mais questionamentos, acaba sendo colocado num ambiente com estímulos externos para a fabricação de falsas lembranças³⁰.

Percebe-se, pelos apontamentos feitos, que a regulamentação do Depoimento Especial não termina com a problemática envolvendo a coleta do testemunho infantil e juvenil, especialmente no que concerne às falsas memórias. Isso, porque o novo método de entrevistar os menores não evita que o depoente incorra na produção de falsas lembranças, tendo em vista a imposição de, em uma única entrevista, falar sobre determinado fato e, ainda, para um profissional que não necessariamente lhe passa a confiança necessária. Sem falar também nas possíveis perguntas indutoras que podem ser feitas por esse mesmo profissional, já que ele se encontra em uma situação de ter de extrair provas da criança/adolescente, a fim de possibilitar a condenação ou a absolvição do dito agressor.

Dito isso, tem-se que concordar com a parte da doutrina que sustenta a viabilidade de realização de perícia, ao invés do Depoimento Especial. A perícia seria o meio de conseguir as informações sobre o fato em tese criminoso e, ao mesmo tempo, garantir os direitos da criança/adolescente, notadamente se feita na forma da Entrevista Cognitiva. De qualquer modo, é necessário ter consciência de que alguma forma de dano à dita vítima sempre ocorrerá.

Logo, não se pode negar que a intenção da Lei de 2017 é muitíssimo boa, mas ela errou ao não se basear em estudos necessários, como o das falsas memórias. Consequentemente, não se pode negar que, na prática, o sistema de garantias é falho, não conseguindo, efetivamente, proteger o menor da violência, inclusive institucional, a que é submetido.

3 MEDIDA DE REDUÇÃO DE DANOS: A ENTREVISTA COGNITIVA COMO SAÍDA PARA A QUESTÃO DAS FALSAS MEMÓRIAS EM MENORES DE IDADE

A ocorrência do fenômeno das falsas memórias pode ser verificada em qualquer fase da vida de uma pessoa, mas as crianças, por suas características biológicas e pessoais, são consideradas como as mais propensas à sugestão. Quando uma criança ou adolescente é vítima de um crime ou testemunha a sua prática,

29 CAMBI, Eduardo; OLIVEIRA, Priscila Sutil de. Depoimento sem dano e falsas memórias. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 39, n. 235, p. 21-50, set. 2014, p. 47.

30 SILVA, Denise Maria Perissini da. *Mediação e guarda compartilhada: conquistas para a família*. Curitiba: Juruá, 2011, p. 239.

é chamada a depor em um processo judicial; esse depoimento será realizado por um profissional da saúde. A sugestão, nessas ocasiões, pode decorrer de inúmeros fatores, mas especialmente em razão de alguma atitude do profissional em questão.

Cristina Di Gesu, sobre a falsificação da memória, evidencia que o estudo sobre o assunto é de extrema relevância, eis que, com a constatação do fenômeno, é possível evitar que pessoas sejam investigadas, presas, acusadas e condenadas com base em uma prova frágil, dissociada da realidade do fato em questão³¹.

Conforme destaca Aury Lopes Jr, o risco de existir sugestão nunca será eliminado, mas, como contrapartida, é possível impor medidas para a redução de danos³², objetivando-se, assim, que não ocorram condenações baseadas em declarações fantasiosas, sem qualquer vinculação com a realidade. Cristina Di Gesu, no mesmo sentido, grifa que a prova oral é um fator humanizante do processo e, por isso, não pode ser abandonada; entretanto, grifa ser essencial pensar em meios para melhorar a qualidade da prova testemunhal confeccionada, justamente para impedir prejuízos indevidos ao acusado³³.

Dito isso, tem-se que ambos os autores citados acima trazem algumas medidas de redução de danos, as quais se passa elencar e explicar. Essas medidas visam melhorar a coleta da prova oral, evitando o fenômeno das falsas memórias³⁴.

Em primeiro lugar, a prova oral deve ser colhida em um prazo razoável, porquanto o transcurso do tempo afeta a boa recordação do evento presenciado. Quanto maior o tempo entre o fato analisado e o depoimento, maior a chance de contaminação da prova. Essa contaminação se dá tanto pelo esquecimento, quanto pela influência de informações obtidas externamente através de mídia, parentes, vizinhos.

Como segunda medida de redução de danos há a gravação das entrevistas. Essa gravação deve se dar tanto na esfera policial quanto judicial, permitindo que todas as partes do processo tenham acesso ao conteúdo do que o menor disse e, mais, que todos tenham acesso ao método de entrevista utilizado pelo inquiridor, viabilizando que se verifique possível sugestão.

31 DI GESU, Cristina. **Prova penal e falsas memórias**. 2. ed. ampl. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014, p. 203.

32 LOPES JR, Aury. **Direito processual penal**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 486.

33 DI GESU, Cristina. **Prova penal e falsas memórias**. 2. ed. ampl. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014, p. 204.

34 LOPES JR, Aury. **Direito processual penal**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 486-487; DI GESU, Cristina. **Prova penal e falsas memórias**. 2. ed. ampl. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014, p. 204-206.

Ademais, é fundamental que, nas entrevistas, estejam presentes ambas as partes, ou pelo menos seus advogados. Acusação e defesa devem estar reunidas quando da realização de qualquer entrevista com menores, garantindo-se, por consequência, o contraditório, e, igualmente, verificando-se que o inquiridor não explorará apenas a versão acusatória.

Quanto à linguagem, tratando-se de inquirição infantil, Osnilda Pisa evidencia que o ideal é a utilização de voz ativa, com palavras e frases simples, evitando duplos negativos e perguntas múltiplas. Deve-se, ainda, sempre observar se a criança realmente entendeu o questionamento feito³⁵.

Em suma, quando da coleta da prova testemunhal, tem-se que observar se ela foi coletada dentro de um prazo razoável e, através das gravações, analisar qual método de entrevista foi utilizado, se a linguagem usada foi clara, se não houve a realização de questionamentos sugestivos, bem como se foi oportunizada a exploração de todas as versões (acusatória e defensiva), com a presença das partes.

Ultrapassados esses apontamentos, deixou-se para o fim a análise acerca do método de entrevista, pois o assunto demanda maiores esclarecimentos. O método usado pelo inquiridor pode ser o tradicional ou a Entrevista Cognitiva, sendo esta mais indicada para que não se incorra em produção de falsas memórias.

Os procedimentos tradicionais de interrogatório são normalmente divididos em duas etapas. Na primeira etapa, chamada de narrativa, o depoente descreve os fatos da maneira que lembra, abertamente. Já na segunda etapa, chamada de interrogativa, o depoente responde a perguntas específicas; nessa última fase, as perguntas são divididas em abertas e fechadas, sendo as primeiras aquelas que demandam uma declaração mais extensa, e estas respondidas com poucas palavras. É justamente nas perguntas fechadas que existe maior probabilidade de indução do depoente, acarretando na criação de falsas memórias, tendo em vista que o entrevistador pode sugerir a resposta mais adequada ao questionamento feito³⁶.

Noutro giro, a Entrevista Cognitiva é uma alternativa aos procedimentos tradicionais, sendo composta por quatro técnicas gerais e por estratégias complementares para a recordação de detalhes da situação vivenciada (aparência física, nomes, objetos, conversas). Esse método, cabe destacar, tem obtido maiores e melhores resultados, eis que se obtém mais informações de qualidade do entre-

35 PISA, Osnilda. **Psicologia do testemunho**: os riscos na inquirição de crianças. 2006. Dissertação (Mestrado em Psicologia Social e da Personalidade) – Faculdade de Psicologia, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2006, p. 36.

36 QUECUTY, 1998 *apud* DI GESU, Cristina. **Prova penal e falsas memórias**. 2. ed. ampl. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014, p. 200.

vistado sobre o evento em questão³⁷.

Leandro da Fonte Feix e Giovanni Kuckartz Pergher explicam que o objetivo da Entrevista Cognitiva é conseguir melhores depoimentos, com riqueza de detalhes e maior quantidade e precisão nas informações. Grifam que, para isso, a entrevista se funda nos conhecimentos científicos da Psicologia Social e da Psicologia Cognitiva, isto é, nos conhecimentos sobre as relações humanas e como estabelecer a comunicação entre as pessoas, assim como nos conhecimentos sobre o funcionamento da memória e como fazer para lembrar determinadas situações³⁸.

Aliás, os próprios autores supracitados, escrevendo sobre o presente método, frisam acerca da necessidade de se gravar (ou audiogravar) todo o procedimento, uma vez que até mesmo a memória do entrevistador está sujeita às falsas memórias. É essencial, portanto, que qualquer profissional envolvido com o caso possa ter acesso às informações literais dadas pelo depoente³⁹.

No que concerne às técnicas empregadas na Entrevista Cognitiva, subdividem-se em cinco etapas, cada qual possuindo um objetivo específico⁴⁰.

A primeira etapa se chama *construção do rapport*. Nessa ocasião, a intenção do entrevistador deve ser a construção de um ambiente acolhedor, a fim de deixar o depoente à vontade para relatar o que sabe sobre determinado evento. Por isso, a primeira ação que o inquiridor deve tomar é agradecer a participação do depoente, salientando a importância da sua colaboração. Após, o entrevistador deve falar sobre alguns assuntos neutros, sem relação com o fato, até mesmo para ter ideia do nível cognitivo e do desenvolvimento da linguagem do entrevistado. Em seguida, deve-se dar conhecimento ao depoente sobre o funcionamento da entrevista, além de determinar algumas regras, as quais darão o controle do ato para o entrevistado. Essas regras envolvem, por exemplo, as seguintes situações: o inquiridor deve esclarecer que ele não sabe nada sobre o evento e que o entrevistado pode lhe corrigir, caso esteja errado em algum questionamento; o entrevistado por dizer que não sabe responder ao que lhe é perguntado e, igualmente, pode

37 DI GESU, Cristina. **Prova penal e falsas memórias**. 2. ed. ampl. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014, p. 202.

38 FEIX, Leandro da Fonte; PERGHER, Giovanni Kuckartz. Memória em julgamento: técnicas de entrevista para minimizar as falsas memórias. In: STEIN, Lilian Milnitsky (org.). **Falsas memórias: fundamentos científicos e suas aplicações clínicas e jurídicas**. Porto Alegre: Artmed, 2010, p. 210.

39 FEIX, Leandro da Fonte; PERGHER, Giovanni Kuckartz. Memória em julgamento: técnicas de entrevista para minimizar as falsas memórias. In: STEIN, Lilian Milnitsky (org.). **Falsas memórias: fundamentos científicos e suas aplicações clínicas e jurídicas**. Porto Alegre: Artmed, 2010, p. 210-211.

40 Todos os dados sobre as etapas da Entrevista Cognitiva foram retirados da seguinte obra: FEIX, Leandro da Fonte; PERGHER, Giovanni Kuckartz. Memória em julgamento: técnicas de entrevista para minimizar as falsas memórias. In: STEIN, Lilian Milnitsky (org.). **Falsas memórias: fundamentos científicos e suas aplicações clínicas e jurídicas**. Porto Alegre: Artmed, 2010, p. 212-223.

dizer que não entendeu certa pergunta. O entrevistador, enfim, nessa etapa, assume o papel de facilitador, devendo tão somente ouvir, sem interromper.

A segunda etapa é chamada de *recriação do contexto original*. As lembranças são formadas por uma rede de associações, não sendo registros isolados; associar uma lembrança a algo torna mais fácil reviver certo fato. Por isso, a inserção do depoente no contexto em que o evento aconteceu faz com que se recuperem mais facilmente as informações armazenadas. Então, na entrevista, o entrevistador, lenta e pausadamente, deve pedir para que o depoente retorne, mentalmente, na situação em que o fato aconteceu, a fim de recriar todo o contexto.

Construído o cenário, passa-se à terceira etapa, denominada de *narrativa livre*. Nesta circunstância, o depoente é solicitado a narrar tudo o que lembra sobre o fato. Esse relato deve ser dado sem interrupções do entrevistador, possibilitando que a testemunha acesse todas as informações disponíveis na sua memória. Qualquer dúvida que o inquiridor possuir deve ser efetuada na etapa seguinte, eis que, nesta fase, não é possível que se quebre a narrativa trazida pelo entrevistado.

Quando a testemunha disser que não recorda mais nada além do que já foi dito, inicia-se a fase chamada de *questionamento*. Nesta etapa, o entrevistador pode fazer suas perguntas, as quais, no entanto, devem estar firmadas nas informações trazidas pelo depoente na fase anterior. Deve-se ater aos termos usados pelo entrevistado, não inserindo qualquer dado não narrado por ele, sob pena de falsas memórias.

É importante recordar que o formato das perguntas feitas é fundamental para o sucesso da entrevista, eis que deve haver preferência pelos questionamentos abertos, permitindo que o depoente dê mais informações sobre o evento. As perguntas fechadas somente devem ter lugar, quando o dado desejado não foi obtido com os questionamentos abertos.

Igualmente, nesse momento, o entrevistador deve conduzir as perguntas de modo a as afunilar, isto é, os questionamentos começam amplos para, posteriormente, abordar detalhes específicos do fato e do suposto criminoso. Mais que isso, o entrevistador pode utilizar técnicas, objetivando dar novas pistas de memória à testemunha, que, por sua vez, pode recordar de informações não trazidas antes; exemplos dessas técnicas é solicitar que o depoente conte o evento de trás para frente ou, ainda, que ele saia da sua posição de fala, colocando-se em outro lugar na cena do crime e contando a narrativa a partir dessa nova perspectiva⁴¹.

41 FISHER; GEISELMAN, 1992 *apud* FEIX, Leandro da Fonte; PERGHER, Giovanni Kuckartz. Memória em julgamento: técnicas de entrevista para minimizar as falsas memórias. In: STEIN, Lilian Milnitsky (org.).

Por último, há a quinta etapa da entrevista, chamada de *fechamento*. Neste momento, o entrevistador sintetiza as informações trazidas pelo depoente durante todo o ato e pede que ele confirme se tudo foi entendido adequadamente. Ademais, o inquiridor termina com a entrevista retomando a primeira etapa, encerrando a situação com uma atmosfera positiva.

Uma vez explicada toda a estrutura da Entrevista Cognitiva, é possível afirmar que sua utilização traz inúmeros benefícios para a resolução de crimes, especialmente aqueles que se sustentam quase que exclusivamente na prova oral produzida. A utilização dessa entrevista proporciona a obtenção de informações melhores sobre o evento investigado e sua autoria, sendo que o risco de criação de falsas memórias é diminuído, eis que o entrevistador é altamente qualificado para a realização do ato.

Não bastasse isso, o uso da Entrevista Cognitiva faz com que não ocorra uma revitimização do depoente, tendo em vista que não existirá a necessidade de repetição do ato⁴². No entanto, ao usar essa técnica, é imprescindível ter ciência das suas limitações práticas⁴³. No ponto, pode-se citar: (a) a limitação de tempo: o lapso temporal para sua aplicação é maior do que aquele utilizado nos métodos tradicionais; (b) a necessidade de treinamento: os entrevistadores necessitam de um treinamento adequado e extensivo para conseguir aplicar corretamente a técnica; (c) a limitação física e tecnológica: o uso desta entrevista torna imprescindível a disponibilização de uma sala confortável e silenciosa, assim como a sua gravação em áudio e vídeo, preferencialmente; e (d) a limitação do entrevistado: o depoente deve possuir certa capacidade cognitiva, entendendo e conseguindo seguir as ordens do inquiridor.

Ocorre que, mesmo diante das limitações, o caminho mais adequado é o do uso de todos os meios disponíveis para o aprimoramento da prova oral. Essa prova é a base de muitas condenações e, então, não há como negar a vital importância de se confeccionar uma prova oral de qualidade.

Destarte, foi estabelecido o que são falsas memórias, a problemática en-

Falsas memórias: fundamentos científicos e suas aplicações clínicas e jurídicas. Porto Alegre: Artmed, 2010, p. 221.

42 FEIX, Leandro da Fonte; PERGHER, Giovanni Kuckartz. Memória em julgamento: técnicas de entrevista para minimizar as falsas memórias. In: STEIN, Lilian Milnitsky (org.). **Falsas memórias:** fundamentos científicos e suas aplicações clínicas e jurídicas. Porto Alegre: Artmed, 2010, p. 223.

43 DI GESU, Cristina. **Prova penal e falsas memórias**. 2. ed. ampl. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014, p. 202-203; FEIX, Leandro da Fonte; PERGHER, Giovanni Kuckartz. Memória em julgamento: técnicas de entrevista para minimizar as falsas memórias. In: STEIN, Lilian Milnitsky (org.). **Falsas memórias:** fundamentos científicos e suas aplicações clínicas e jurídicas. Porto Alegre: Artmed, 2010, p. 224-225.

volvendo a coleta do depoimento infantojuvenil e a grande sugestibilidade aplicável a essa faixa etária. Posteriormente, esclareceu-se que a regra geral, no Brasil, é a imposição do Depoimento Especial às crianças e adolescentes vítimas ou testemunhas de situação de violência, o que pode levar à confecção de uma prova oral de baixa qualidade e, ainda, desconexa da realidade, eis que a possibilidade de sugestão pelo entrevistador é alta. Por fim, foi essencial elencar as medidas de redução de danos que a doutrina aponta para o depoimento de menores de idade, sendo que a técnica de entrevista elencada como melhor é a Entrevista Cognitiva, que se enquadra como perícia técnica, mas dá espaço para uma coleta de qualidade do relato de menores de idade. Sendo assim, acredita-se que ficou claro o quão imprescindível é o investimento e o apoio para a realização de Entrevista Cognitiva em substituição ao Depoimento Especial, eis que é uma técnica melhor desenvolvida, que traz um resultado excelente para o processo, especialmente ao se considerar que minimiza danos ao entrevistado e não atinge nenhum direito do acusado.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Se os adultos já se encontram suscetíveis à distorção externa, muito mais forte é essa influência em relação aos menores, sejam crianças ou adolescentes. Os menores, também em razão de sua imaturidade psicológica e orgânica, acabam sendo manipuláveis, o que faz com que se deva tomar cuidado dobrado quando da coleta de suas declarações na via judicial, evitando, assim, suggestionar seu relato, contaminando-o.

Fala-se em evitar a contaminação do relato, porquanto se sabe que se deve trabalhar com medidas de redução de danos, visto que eliminar o fenômeno das falsas memórias é inviável, ainda mais em se tratando de menores depoentes. A pretendida redução de danos pode ser feita, por exemplo, com a aplicação da Entrevista Cognitiva, que é uma forma de perícia, que segue um rigoroso protocolo, evitando ao máximo a indução das respostas do entrevistado.

Ocorre que o Brasil, sabendo dessa situação, decidiu ignorar a Entrevista Cognitiva e adotar o Depoimento Sem Dano, atualmente chamado de Depoimento Especial. Essa foi a forma brasileira de minimizar possíveis danos a crianças e adolescentes que precisam ser inquiridas judicialmente.

O Depoimento Sem Dano é aplicado, no Brasil, desde 2003. As Varas de Porto Alegre/RS foram as primeiras a instituir a observância dessa técnica, quando da coleta do depoimento de crianças e adolescentes. No entanto, após

muita movimentação legislativa, em 2017, houve a regulamentação nacional do método em questão mediante a promulgação da Lei n.º 13.431/2017. Com essa Lei, pela primeira vez, houve uma previsão legal do presente Depoimento, que passou a ser chamado de Depoimento Especial.

Muito embora seja imposto e regulamentado, a técnica do Depoimento Sem Dano sempre recebeu inúmeras críticas da doutrina, inclusive dos Conselhos Federais de Psicologia e de Assistência Social, os quais não recomendam o seu uso. Não bastasse isso, cumpre destacar que a aplicação do Depoimento Especial não evita a possibilidade de o profissional sugerir o depoimento do menor; ou seja, o relato do menor continua podendo ser contaminado por lembranças falsas, gerando possível injusta condenação.

Nesse sentido, tem-se que o Depoimento Especial, nos termos da Lei, visa proteger a criança e o adolescente de todas as formas de violência, mas é um método falho, eis que abre a possibilidade de falsificação de lembranças. No ponto, cabe lembrar que, pelo Depoimento Especial, o profissional pode até mesmo parar a narrativa do menor para esclarecer algum detalhe, circunstância não recomendada por quem estuda as falsas lembranças, pois interrompe o raciocínio do entrevistado, podendo fazer com que ele contamine seu relato.

Logo, acredita-se que, se realmente se pretende minimizar os danos aos menores, decorrentes da formação de falsas memórias em seus relatos, o caminho mais adequado é a substituição da oitiva judicial pela realização de perícia, consistente na Entrevista Cognitiva. Esta é regida por protocolos e desenvolvida por profissionais habilitados no combate à sugestionabilidade dos relatos, ademais a sua aplicação observa os direitos do acusado e os da vítima. De qualquer modo, não se pode esquecer que, embora esse seja o meio aparentemente mais aconselhável, a vítima sempre sofrerá algum dano ao recontar os fatos vivenciados.

REFERÊNCIAS

- BRUCK, Maggie; CECI, Stephen J.; HEMBROOKE, Helene. The nature of children's true and false narratives. **Developmental Review**, v. 22, n. 3, p. 520-554, set. 2002.
- CAMBI, Eduardo; OLIVEIRA, Priscila Sutil de. Depoimento sem dano e falsas memórias. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 39, n. 235, p. 21-50, set. 2014.
- CECI, Stephen J. *et al.* Unwarranted assumptions about children's testimonial accuracy. **Annual Review of Clinical Psychology**, Palo Alto, v. 3, p. 311-328, 2007.
- CECI, Stephen J.; FRIEDMAN, Richard D. The suggestibility of children: scientific research and legal implications. **Cornell Law Review**, Ithaca, v. 86, n. 1, p. 33-108, nov. 2000.
- DI GESU, Cristina. **Prova penal e falsas memórias**. 2. ed. ampl. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado

Editora, 2014.

CONSELHO FEDERAL DE PSICOLOGIA. **Depoimento sem dano é um desrespeito ao desejo da criança**. Porto Alegre: CRPRS, 2008. Disponível em: <http://www.crprs.org.br/comunicacao/noticias/depoimento-sem-dano-e-um-desrespeito-ao-desejo-da-crianca-595>. Acesso em: 18 jun. 2017.

FÁVERO, Eunice Teresinha. **Parecer técnico**: metodologia “depoimento sem dano”, ou “depoimento com redução de danos”. São Paulo: Conselho Federal de Serviço Social, 2008. Disponível em: http://www.aasptj.sp.org.br/sites/default/files/dsd_parecerfess.pdf. Acesso em: 18 jun. 2017.

IORELLI, José Osmir; MANGINI, Rosana Cathya Ragazzoni. **Psicologia jurídica**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

GUDJONSSON, Gisli H. The relationship between interrogative suggestibility and acquiescence: empirical findings and theoretical implications. **Personality and individual differences**, Great Britain, v. 7, n. 2, p. 195-199, 1986.

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

LOPES JR, Aury. **Direito processual penal**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

LOPES JR, Aury; ROSA, Alexandre Morais da. **Processo penal no limite**. Florianópolis: Empório do Direito, 2015.

PISA, Osnilda. **Psicologia do testemunho**: os riscos na inquirição de crianças. 2006. Dissertação (Mestrado em Psicologia) – Faculdade de Psicologia, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2006.

POTTER, Luciane; BITENCOURT, Cezar Roberto (org.). **Depoimento sem dano**: por uma política criminal de redução de danos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

SCHACTER, Daniel L. **Os sete pecados da memória**: como a mente esquece e lembra. Tradução de Sueli Anciães Gunn. Rio de Janeiro: Rocco, 2003.

SILVA, Denise Maria Perissini da. **Mediação e guarda compartilhada**: conquistas para a família. Curitiba: Juruá, 2011.

STEIN, Lilian Milnitsky (org.). **Falsas memórias**: fundamentos científicos e suas aplicações clínicas e jurídicas. Porto Alegre: Artmed, 2010.

A EFICÁCIA DO DECRETO-LEI 3.240/41 À LUZ DO DISPOSTO NO ART. 2º DA LEI DE INTRODUÇÃO ÀS NORMAS DO DIREITO BRASILEIRO

Gustavo Koji Maeda¹

RESUMO: O artigo tem por objetivo discutir a eficácia do Decreto-Lei 3.240/41 à luz do critério temporal de resolução de antinomias disposto no §1º do art. 2º da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. Referida análise parte da hipótese de que o Decreto-Lei, a despeito do entendimento atualmente veiculado pela jurisprudência pátria, pode ter sido ab-rogado por ocasião do advento do Código de Processo Penal, lei de mesma hierarquia, editada posteriormente e que regula, taxativa e exhaustivamente, as hipóteses de constrição cautelar do patrimônio lícito de investigados e acusados. Com esse intuito, o artigo promove o levantamento da bibliografia relacionada ao tema, cotejando os argumentos apresentados nas obras consultadas com aqueles manejados no âmbito de precedentes selecionados. Visa-se contribuir tanto para o esclarecimento da questão de fundo, como para o aprofundamento do debate em torno dos requisitos legais necessários para a fixação de medidas cautelares de cunho patrimonial.

PALAVRAS-CHAVE: Decreto-Lei 3.240/41, sequestro, lei penal no tempo.

ABSTRACT: The article intends to discuss the effectiveness of Decree-Law 3.240/41 by the temporal criterion for resolution of antinomies set forth in §1º of art. 2 of the Law of Introduction to the Norms of Brazilian Law. The analysis suggests that the Decree-Law 3.240/41, despite the currently understanding of the Brazilian jurisprudence, has been abrogated by the Code of Criminal Procedure, law of the same hierarchy, edited later that regulates, exhaustive and exhaustively, the cases of patrimonial constriction in a criminal prosecution. In this sense, the article survey the bibliography related to the theme, comparing the arguments presented in the works consulted with those managed within some jurisprudential precedents. The aim is to contribute to the clarification of the matter and to deepening the debate about the legal requirements necessary for the establish-

1 Advogado. Especialista em Ciências Penais (PUCRS) e Pós-graduado em Garantias Fundamentais do Processo Penal (UCLM-Toledo).

ment of precautionary measures related to the property rights of the accused.

KEYWORDS: Decree-Law 3.240/41, restraint of assets, criminal law in time.

1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

As medidas assecuratórias foram, durante largo período, ignoradas no processo penal, sendo o seu estudo preterido pela doutrina em detrimento das medidas cautelares de natureza pessoal. Ocorre que, a partir de uma mudança paradigmática que conferiu maior interesse para a proteção dos bens jurídicos afeitos às áreas tributárias, econômica e financeira, as chamadas medidas cautelares reais/patrimoniais passaram a despertar o interesse dos operadores do direito, sendo, atualmente, objeto de um amplo debate na jurisprudência pátria.

Diante dos preceitos constitucionais e processuais penais que possuem o condão de limitar aplicabilidade de medidas cautelares no processo penal, bem como da forma, por vezes, diametralmente oposta e descompromissada constitucionalmente, pela qual os tribunais decidem acerca da utilização destes instrumentos que visam assegurar os efeitos secundários de uma possível e futura condenação criminal, mostra-se pertinente a realização de um estudo dedicado à compreensão do funcionamento das medidas cautelares patrimoniais.

É consabido que o sistema processual penal contempla medidas cautelares pessoais (ordinariamente elencadas no art. 319 do CPP) e medidas cautelares reais ou patrimoniais, que incidem sobre bens móveis e imóveis do imputado, gerando uma restrição da livre disposição de bens e valores, com vistas à constituição da prova e/ou ressarcimento dos prejuízos sofridos pela vítima do delito.²

Cabe aqui o registro de que a imposição de medidas cautelares patrimoniais não estão previstas, tão somente, no CPP, encontrando previsibilidade em legislações esparsas, tais como a Lei 9.613/98 (Lei da Lavagem de Dinheiro), Lei 11.343/06 (Lei de Drogas) e, a que será objeto do presente trabalho, no Decreto-Lei 3.240/41 (crimes contra a fazenda).

Nessa esteira, é necessário analisar a eficácia do Decreto-lei 3.240/41, pois, aparentemente, à luz do critério temporal de resolução de antinomias disposto no §1º do art. 2º da Lei de Introdução às normas do Direito brasileiro, pode ter sido ab-rogado por ocasião do advento do Código de Processo Penal.

2 LOPES JR., Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**. São Paulo: Saraiva, Volume 1, 2014, p. 931.

Assim sendo, evidentemente, esta pesquisa não possui a pretensão de encerrar o assunto, mas, justamente ao contrário, contribuir com o estudo para fins de que seja possível a proposição de critérios orientadores para a fixação desta modalidade de imposição de medidas cautelares reais.

2. MEDIDAS ASSECURATÓRIAS NO PROCESSO PENAL

A pretensão da cautelaridade patrimonial visa, sobretudo, satisfazer comandos judiciais de sentenças condenatórias que incluam a restituição de coisas, a reparação do dano, a indenização dos prejuízos causados, bem como o pagamento da multa e das custas processuais.

No que limita, especificamente ao Decreto-Lei 3.240/41, tem-se que no seu art. 1º, está contida a disposição que determina o sujeito passivo como a pessoa *indiciada*³ por crime que resulta prejuízo à Fazenda Pública. O art. 2º dá conta de identificar como sendo o ministério público a parte legítima para requerer a medida, desde que fundamentado em representação da autoridade incumbida do processo administrativo ou policial. No art. 3º, está disposto o que se pode compreender por requisito para decretação da medida cautelar patrimonial, sendo que, ao levar a cabo a literalidade da norma, seria necessário, tão somente, os indícios de autoria da prática de crime. Já no art. 4º, está previsto que a medida pode atingir a totalidade dos bens do indiciado (de origem lícita ou ilícita), compreendendo aqueles em poder de terceiro. Nos parágrafos do art. 4º, estão previstas as disposições procedimentais a serem observadas após a decretação, assim como nos artigos subsequentes.

Conforme já referido, a crítica que recai sobre a vigência da referida legislação, diz respeito à possibilidade de que, com o advento do CPP⁴, diga-se, norma de mesma hierarquia editada posteriormente que tratou de regular o arresto prévio à hipoteca legal, teria ab-rogado o Decreto-Lei 3.240/41.

Em síntese, o CPP teria passado a disciplinar, inteiramente, o regime jurídico aplicável às medidas cautelares incidentes sobre o patrimônio lícito de acusados e investigados⁵, não mais subsistindo espaço, no âmbito do ordenamento

3 BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 1141.

4 No CPP estão previstas as seguintes medidas assecuratórias: sequestro de bens imóveis (arts. 125 a 131), sequestro de bens móveis (art. 132), especialização e registro da hipoteca legal (arts. 134 e 135), arresto de bens imóveis, prévio ao registro e especialização da hipoteca legal (art. 136) e, ainda, o arresto subsidiário de bens móveis (art. 137).

5 Ainda que o texto normativo refira “indiciados”, a jurisprudência já assentou o entendimento de que é possível a imposição das medidas, tanto para investigados quanto para acusados, nesse sentido: “O sequestro regulamentado pelo Decreto-Lei n.º 3.240/41 é meio acautelatório específico para a constrição de bens de pessoas indiciadas ou já denunciadas por crimes de que resulta prejuízo para a Fazenda Pública, que pode

pátrio, para as regras veiculadas pelo ab-rogado Decreto-Lei 3.240/41.

Nesse sentido, é a lição de BADARÓ:

O Decreto-lei 3.240/41, anterior ao início da vigência do CPP, disciplinava uma modalidade de sequestro de bens em favor da Fazenda Pública. Antecipando a conclusão que se justificará na sequência, o Decreto-lei 3.240/41, de 08.05.1941, foi revogado por lei posterior de mesma hierarquia, no caso o CPP - Decreto-lei 3.689, de 03.10.1941.

Nessa esteira, o entendimento é de que não poderia as duas legislações coexistirem, haja vista a previsão contida no §1º do art. 2º do Decreto-Lei 4.657/42 - Lei de Introdução às normas do Direito brasileiro:

Art. 2º Não se destinando à vigência temporária, a lei terá vigor até que outra a modifique ou revogue.

§ 1º **A lei posterior revoga a anterior** quando expressamente o declare, quando seja com ela incompatível ou **quando regule inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior.**

Demais disso, outros argumentos que corroboram a hipótese de superação do Decreto-Lei 3.240/41 pela normatividade do CPP, senão vejamos.

Em primeiro lugar, cumpre notar que a antiga redação do art. 4º da Lei 9.613/1998 (Lei de Lavagem de Dinheiro), antes de ser alterada pela Lei 12.683/2012, dispunha, ao disciplinar as medidas assecuratórias incidentes sobre os bens, direitos ou valores de investigados e acusados, que as medidas de sequestro e apreensão deveriam ser levadas a efeito na forma dos arts. 125 a 144 do CPP, deixando o legislador ordinário, no ponto, de referir a normatividade do Decreto-Lei 3.240/41:

Art. 4º O juiz, de ofício, a requerimento do Ministério Público, ou representação da autoridade policial, ouvido o Ministério Público em vinte e quatro horas, havendo indícios suficientes, poderá decretar, no curso do inquérito ou da ação penal, a apreensão ou o sequestro de bens, direitos ou valores do acusado, ou existentes em seu nome, objeto dos crimes previstos nesta Lei, procedendo-se na forma dos arts. 125 a 144 do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal.

Outro argumento concerne à extensão das modificações introduzidas pela Lei 11.435/2006 no âmbito do CPP que, ao promover inédita diferenciação en-

recair sobre todo o patrimônio dos Acusados e, inclusive, compreender bens em poder de terceiros, contanto que estes os tenham adquirido com dolo ou culpa grave.” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Recurso em Mandado de Segurança 60.570/MS. Relatora Min.^a Laurita Vaz. Sexta Turma, Brasília, 18 de jun. de 2019. Disponível em: < https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201901030120&dt_publicacao=01/07/2019 >

tre os institutos do sequestro e do arresto, o legislador ordinário deixou, quiçá deliberadamente, de fazer menção à figura do “sequestro” do Decreto-Lei 3.240/41. Este fato é, sob muitos aspectos, revelador, sobretudo se considerarmos que o (raro) rigor terminológico demonstrado pelo legislador deveria, por questão de lógica e coerência, ter sido estendido ao Decreto-Lei 3.240/41, o que não ocorreu.

Continuamente, na mesma linha de raciocínio, não se descuidou, que a controvérsia apontada é antiga. Por isso, reputa-se importante a realização de uma abordagem diferenciada da questão, a partir, justamente, de uma breve perspectiva histórica. Nesse sentido, interessante atentar para o fundamento veiculado, também pela doutrina⁶, a fim de sustentar a coexistência entre o Decreto-Lei 3.240/41 e o CPP:

O sequestro dos bens adquiridos pelo indiciado com o produto da infração penal está genericamente disciplinado no CPP, arts. 125 a 144. Todavia, quando a vítima é a Fazenda Pública o procedimento é o previsto no Dec.-lei 3.240, de 8.5.41, expressamente revigorado pelo Dec.-lei 359/68 (art. 11).

Quanto ao ponto, é importante observar que normatividade do Decreto-Lei 3.240/41 teria sido revigorada pelo art. 11 do Decreto-lei 359/68, que, ao instituir a extinta Comissão Geral de Investigação (CGI), previa: “*Art. 11 – Continuam em vigor o Decreto-Lei nº 3.240, de 8 de maio de 1941, e as Leis nºs 3.164/1957, e 3.502/1958, no que não colidirem com o disposto neste Decreto-lei*”. Nesse momento, tem-se que o diploma legal em questão, em realidade, foi repristinado pelo Decreto-Lei 359/68.

Ocorre que, o Decreto-lei 359/68 foi revogado, em definitivo, com o advento do Decreto 82.961/1978⁷, não subsistindo, neste diploma normativo, qualquer ressalva garantindo sobrevida à disposição constante do art. 11 e, logo, ao sequestro previsto no Decreto-Lei 3.240/41.

3. CAUTELARIDADE PROCESSUAL PENAL

Em razão da ausência de critérios estabelecidos pela doutrina, os Tribunais Superiores aplicam a medida cautelar prevista no Decreto-Lei 3.240/41 de forma ampla e ilimitada, sem que existam vetores claros que permitam a verificação de sua legitimidade e dificultando a impugnação pela parte por ela afetada, causando situação de verdadeira insegurança jurídica.

6 MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 36ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 506.
7 A propósito, conferir: <http://legis.senado.leg.br/norma/523354>.

Dito isso, ainda que se entenda que o Decreto-Lei sob análise não foi ab-rogado pelo CPP, impossível a conclusão contrária de que, independentemente da norma que a regulamente, as medidas cautelares (seja de cunho pessoal ou patrimonial) estão sujeitas aos princípios a elas inerentes, devendo, pois, sempre ser observadas as suas características.

Nesse sentido, a *instrumentalidade hipotética* surge como a primeira das características e se relaciona com a demora em que o processo penal leva para atingir o seu fim. Ou seja, até que haja um provimento condenatório ou absolutório definitivo, o tempo transcorrido é demasiado longo, sendo necessária alguma medida que assegure a utilidade e a eficácia deste provimento futuro. Segundo BADARÓ⁸:

Como normalmente a instrução ainda não está concluída, não se pode decidir com base em um juízo fundado em cognição profunda e exauriente. Decide-se, então, não com a certeza, isto é, concluindo pela existência ou não de um delito, mas de acordo com um juízo de probabilidade, decorrente do *fumus commissi delicti*, de que ao final será aplicado o direito de punir, por meio de uma sentença penal condenatória. [...] Ou seja, a medida cautelar será **um instrumento para assegurar o resultado de uma hipotética condenação**.

Por outro lado, há autores que preferem se referir a uma **dupla instrumentalidade** como característica da medida cautelar. O processo não é um fim em si mesmo, mas um instrumento para a realização do direito material. (...) Trata-se, pois, de uma instrumentalidade necessária.

O *contraditório*⁹ é a segunda característica das medidas cautelares. O processo penal elevado à dimensão constitucional não pode olvidar-se de garantir àquele que sofre uma constrição patrimonial de requerer, em juízo, a revogação ou o abrandamento da medida que lhe foi imposta.¹⁰

A terceira característica é a da *provisionalidade* que assegura o caráter situacional da medida imposta, uma vez que tutelam uma situação fática específica. Adverte LOPES JR.¹¹:

Sublinhe-se que a provisionalidade adquire novos contornos com a pluralidade de medidas cautelares agora recepcionadas pelo sistema processual, de modo a permitir uma maior fluidez na lida, por parte do juiz, dessas várias medidas. Está

8 BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 1003.

9 GIACOMOLLI, Nereu José. **Prisão, liberdade e as cautelares alternativas ao cárcere**. São Paulo: Marcial Pons, 2013, p. 30.

10 GIACOMOLLI, Nereu José. **O devido processo penal: abordagem conforme a Constituição Federal e o pacto de São José da Costa Rica**. São Paulo: Atlas, 2014, p. 152.

11 LOPES JR., Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**. São Paulo: Saraiva, Volume 1, 2014, p. 813.

autorizada a substituição de medidas por outras mais brandas ou mais graves, conforme a situação exigir, bem como a revogação ou mesmo a extinção no todo ou em parte.

Dessa forma, de acordo com a lógica de que o provimento cautelar não é um fim em si mesmo, deverá, obrigatoriamente, haver outro provimento, dito principal, que irá prestar, ao final, a tutela jurisdicional de forma definitiva. Importa referir a ressalva feita por BADARÓ,¹² no sentido de que no processo penal brasileiro é incorreto falar em processo cautelar e processo principal, uma vez que não há processos cautelares autônomos, mas sim, medidas cautelares assecuratórias do processo principal dito principal.

A quarta característica é a *preventividade*, ou seja, toda tutela cautelar deve possuir a finalidade de prevenção da ocorrência de um dano irreparável ou de difícil reparação, durante o transcurso de tempo necessário para o desenvolvimento do devido processo legal.

Surge como característica decorrente das anteriores, a *provisoriedade*, posto que, o provimento cautelar deverá perdurar até a superveniência de um evento sucessivo, qual seja, o trânsito em julgado da sentença penal.

Assim, a *cognição sumária* para decretação da medida é outra característica lógica, decorrente da necessária urgência de aplicação da medida cautelar, que deve ser proferida antes do término do processo.¹³

A *referibilidade* é a característica que apregoa a necessidade consistente na vinculação de uma determinada situação concreta de direito material relacionada à finalidade em que o provimento cautelar terá de assegurar.

Novamente, em atenção aos ensinamentos veiculados por BADARÓ¹⁴, especificamente no que tange às medidas cautelares patrimoniais, tem-se que:

A referibilidade significa que, por exemplo, em um processo por corrupção, o sequestro de bens deva incidir sobre o proveito que o corrupto obteve por tal delito (o imóvel comprado com o dinheiro recebido), mas não poderá atingir outro bem, ainda que também ilícito, que seja proveito de crime diverso e que não integre tal processo.

A *proporcionalidade*, sem dúvida, é o princípio reitor do regramento das medidas cautelares. Fundamentado no princípio da proporcionalidade é que o juiz deverá realizar, frente ao caso concreto, a ponderação entre a gravidade da

12 BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 1004.

13 TÁVORA, Nestor. **Curso de direito processual penal**. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 548.

14 BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 1008.

medida imposta com a finalidade pretendida¹⁵. NUCCI corrobora este entendimento ao asseverar que:

As medidas cautelares alternativas à prisão não podem ser impostas pelo juiz sem necessidade e adequação. (...) Há dois requisitos genéricos: a) necessidade e b) adequabilidade. Estão são cumulativos, ou seja, ambos precisam estar presentes para autorizar a imposição de medidas cautelares (art. 319, CPP).¹⁶

Portanto, esclarecidos os princípios e características gerais das medidas cautelares, passa-se ao estudo específico de cada uma das medidas assecuratórias previstas no âmbito processual penal.

4. REGULAMENTAÇÃO INTEGRAL DAS MEDIDAS ASSECURATÓRIAS PELO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL

Conforme dito anteriormente, com o advento da Lei 11.435/2006, na qual o legislador realizou a inédita diferenciação conceitual entre as figuras constritivas, foi possível delinear cada uma das medidas assecuratórias previstas no CPP, de forma clara e objetiva.

Dessa forma, o sequestro é o ato de constrição de móveis e imóveis em razão de fundada suspeita de se tratar de bens adquiridos com os proventos de crime. Cabe o alerta de PACELLI e FISCHER, no sentido de que a figura do sequestro no processo penal encontra maior limitação do que aquele previsto no Código de Processo Civil. Para os autores:

tutela-se, em primeiro lugar, a vítima da infração, de modo a se buscar a recomposição patrimonial do dano causado pelo crime. De outro lado, pretende-se também a afirmação da efetividade do processo penal, fora do âmbito da imposição da pena privativa da liberdade e/ou de medidas de natureza pessoal. Com o sequestro da coisa adquirida com o produto econômico da infração. Busca-se o enfraquecimento dos resultados mais essenciais dos crimes de natureza patrimonial, daí podendo-se esperar um mínimo de eficácia preventiva contra ações dessa natureza.¹⁷

No âmbito do CPP, o requisito está disposto no art. 126: “*Para a decretação do sequestro, bastará a existência de indícios veementes da proveniência ilícita dos bens*”. Merece destaque, nesse ponto, o entendimento de CHOUKR, que descre-

15 LOPES JR., Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**. São Paulo: Saraiva, Volume 1, 2014, p. 819.

16 NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e Execução Penal**. 11ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 565.

17 PACELLI DE OLIVEIRA, Eugênio; FISCHER, Douglas. **Comentários ao Código de Processo Penal e sua jurisprudência**. São Paulo: Atlas, 2017, p. 272.

ve a norma como detentora de expressão “porosa”,¹⁸ tendo em vista que confere um poder discricionário do julgador e permite uma infinidade de possíveis interpretações. No ponto, da simples leitura da norma, aparentemente se percebe apenas um requisito formal para a decretação: a presença de indícios veementes da proveniência ilícita dos bens. Todavia, LOPES JR. leciona que a melhor técnica sugere como requisito formal para a decretação, a presença tanto do *fumus commissi delicti*, quanto do *periculum in mora*:

Deve o autor do pedido (autoridade policial, Ministério Público ou assistente de acusação) demonstrar a fumaça, a probabilidade de que tenham eles sido adquiridos com os proventos do crime. Assim, é uma prova em dupla dimensão: demonstrar a verossimilhança de autoria e materialidade do delito imputado e ainda de que os bens foram adquiridos com os proventos dessa suposta infração penal. (...) Mas não basta isso. Deve ser demonstrado o *periculum in mora*. (...) Em última análise, a “real necessidade” do sequestro deve ser demonstrada pelo requerente, jamais se admitindo que se presuma o perigo de perecimento do bem ou ainda que o réu irá fraudar a (futura) execução.¹⁹

Demais disso, da leitura do art. 127 do CPP, ainda que se considere possível o assistente de acusação legítimo para realizar o requerimento, não se pode coadunar com a hipótese de que o sequestro pode ser decretado de ofício, por absoluta incompatibilidade com o sistema acusatório constitucional²⁰.

Ponto outro que merece destaque, é o instrumento de defesa cabível à espécie. A lacuna legal se verifica tanto no aspecto de qual a medida ou recurso cabível, quanto com relação ao seu procedimento.

Especificamente no que tange aos embargos, previstos nos incisos do art. 130 do CPP, que visam o ataque da parte formal ou substancial da medida²¹, a ausência de prazo para ingressar com a medida e, sobretudo, a previsão do seu parágrafo único de que “*não poderá ser pronunciada decisão nesses embargos antes de passar em julgado a sentença condenatória*” são as mais preocupantes, uma vez que conduzem aos estados de insegurança e falta de razoabilidade.

Contra os fundamentos da decisão que decreta o sequestro, a doutrina se divide com relação à forma de impugnação cabível. Nesse sentido, parte da dou-

18 CHOUKR, Fauzi Hassan. **Código de Processo Penal: Comentários Consolidados & Crítica Jurisprudencial**. Belo Horizonte: D’Plácido, 2017, p. 410.

19 LOPES JR., Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**. São Paulo: Saraiva, Volume 1, 2014, p. 935.

20 LOPES JR., Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**. São Paulo: Saraiva, Volume 1, 2014, p. 936.

21 LOPES JR., Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**. São Paulo: Saraiva, Volume 1, 2014, 937.

trina entende que o recurso de apelação não é cabível à espécie, tendo em vista que não se trata de decisão definitiva ou com força de definitiva,²² por outro lado, parcela da doutrina compreende que tal decisão pode sim ser objeto de recurso de apelação.²³

Cabe dizer que, em que pese a divergência doutrinária, o STJ²⁴ aparentemente pôs um fim à discussão, admitindo que o recurso de apelação fundamentado no art. 593, II, do CPP é apto a atacar a decisão que decreta medidas cautelares reais.

Já o mandado de segurança é aceito contra a decisão que decreta o sequestro pela jurisprudência,²⁵ em situações em que é possível se verificar teratologia, flagrante ilegalidade ou abuso de poder, desde que “apurável sem necessidade de dilação probatória”²⁶, salvo essas hipóteses, comumente a impetração é inadmitida por força da súmula 267 do STF.²⁷ Para a doutrina, com alguma contestação contrária, tal forma de impugnação da decisão é a mais adequada à espécie.²⁸

De outra banda, as medidas de hipoteca legal (art. 134, do CPP) e de arresto de bens móveis (art. 137 do CPP), não recaem “sobre coisa litigiosa, nem tampouco adquirida com os proventos do crime”.²⁹ A tutela buscada por estas medi-

22 BADARÓ, Gustavo Henrique. **Medidas Cautelares patrimoniais no Processo Penal**. In VILARD, Celso Sanches; Pereira, Flávia Rahal Bresser; NETO, Theodomiro Dias (coord.). **Direito penal econômico: crimes econômicos e processo penal**. São Paulo: Saraiva, 2008.

23 A despeito disso, Fernando Costa Tourinho Filho leciona que “A apelação é o recurso normalmente oponível contra as seguintes decisões: (...) C) definitivas, se para elas não houver sido previsto o recurso em sentido estrito; d) com força de definitivas ou interlocutórias mistas, se incabível o recurso em sentido estrito. Essa regra contida no art; 593, I, II e III, do CPP. As decisões definitivas referidas no art. 593, II, são aquelas que podemos denominar *“lato sensu”*: encerram a relação processual, julgam o mérito, mas não se subsumem na moldura das sentenças absolutórias ou condenatórias de que tratam os arts. 386 e 387, do CPP. Ex.: (...) as que ordenam ou não o sequestro, nos termos do art. 127 do CPP, as que autorizam ou não o levantamento do sequestro (art. 131), as que acolhem ou não o pedido de especialização e inscrição de hipoteca legal ou de arresto (CPP, arts. 134, 135, §5º, e 144 não podem ser proferidas no juízo penal. Tratam de normas heterotópicas. Embora previstas no CPP, a decisão fica afeta ao Juízo Cível. (**Manual de processo penal**. São Paulo, Saraiva, 2012, p. 883-884).

24 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Recurso em Mandado de Segurança 35.973/MG. Relator Min Sebastião Reis Júnior. Sexta Turma, Brasília, 27 de out. de 2015. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201102288371&dt_publicacao=16/11/2015>. (Acesso em 13 de nov. de 2019).

25 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Ordinário em Mandado de Segurança 43.327/MS. Relator: Min. Felix Fischer. Quinta Turma, Brasília, 03 de jun. de 2015. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201302209594&dt_publicacao=03/08/2015>. (Acesso em 13 de nov. de 2019).

26 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Recurso em Mandado de Segurança 60.967/SP Relator Min. Leopoldo De Arruda Raposos (Desembargador convocado do TJ/Pe). Quinta Turma, Brasília, 15 de out. de 2019. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201901571546&dt_publicacao=22/10/2019> (Acesso em 15 de nov. de 2019).

27 Súmula 267, do STF: “Não cabe mandado de segurança contra ato judicial passível de recurso ou correição”.

28 BADARÓ, Gustavo Henrique. **Manual dos recursos penais**. São Paulo, Revista dos tribunais, 2016, p. 510.

29 NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal comentado**. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 351.

das constritivas é assegurar que o acusado não restará insolvente ao final da ação penal, ainda que para a sua decretação prescindida o oferecimento de denúncia.³⁰

Dessa forma, impende destacar que as tais medidas, em que pese objetivarem bens de origem diversa da medida de sequestro, imprescindível a demonstração do perigo da demora na decretação da medida pode acarretar a dilapidação patrimonial.³¹ No tocante da legitimidade para efetuar o requerimento, sua permissibilidade é mais restrita:

[...] prevê o art. 134 que a hipoteca legal poderá ser requerida pelo ofendido, mas, para isso, ele deverá ingressar no processo como assistente da acusação. Não há outra forma de, no curso de um processo cuja ação penal e de iniciativa pública, intervir o ofendido, senão através do instituto da assistência da acusação. (...) Excepcionalmente, o art. 142 autoriza o Ministério Público a promover a hipoteca legal em dois casos: a) quando houver interesse da Fazenda Pública (...) b) ou quando houver efetiva demonstração de pobreza do ofendido e ele requerer a intervenção do Ministério Público para postular a hipoteca legal.³²

4.1 PODER GERAL DE CAUTELA NO PROCESSO PENAL

O Poder Geral de Cautela conferido ao julgador é um tema que apresenta divergências na doutrina, posto que, fundamentando-se nesse postulado importado do art. 297, do CPC,³³ o aplicador da norma penal, através da necessária utilização do art. 3º, do CPP, permite a interpretação extensiva e a aplicação analógica dos princípios gerais do direito, viabilizando a decretação de medidas cautelares inominadas.³⁴

Para defender a possibilidade da utilização do poder geral de cautela no processo penal brasileiro, a ideia central baseia-se na instrumentalidade como princípio geral do direito processual, tanto da esfera Penal quanto da esfera Cível.

No entanto, firma-se aqui o entendimento de que com a entrada em vigor da Lei 12.403/2011, que melhor dispôs acerca das medidas cautelares diversas da

30 CHOUKR, Fauzi Hassan. **Código de Processo Penal: Comentários Consolidados & Crítica Jurisprudencial**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017, p. 138.

31 TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de processo penal**. São Paulo: 2012, Saraiva, p. 502.

32 LOPES JR., Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**. São Paulo: Saraiva, Volume 1, 2014, p. 941-942

33 *In verbis*: "Art. 297. O juiz poderá determinar as medidas que considerar adequadas para efetivação da tutela provisória."

34 SARTI, Saulo. **As medidas assecuratórias na persecução à criminalidade econômica: análise dos requisitos para a decretação do arresto nas decisões do Tribunal Regional Federal da 4ª Região e da 7ª Vara Federal de Porto Alegre**. Dissertação de mestrado (Mestrado em Ciências Criminais), Pós-graduação em Ciências Criminais da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS, Porto Alegre, 2016, p. 52.

prisão, previstas nos artigos 319 e 320 do CPP, bem como da Lei 11.435/2006, na qual o legislador realizou a diferenciação conceitual entre as medidas assecuratórias aplicáveis no âmbito processual penal, a legislação penal regulamentou integralmente a matéria, não havendo espaço, pois, para interpretações e disposições embasadas por legislações de outra natureza.³⁵

Ocorre que, diferentemente de outros ramos do direito, no processo penal o juiz não está autorizado constitucionalmente impor restrições ao acusado que não derivem de texto expressamente previsto pelo legislador. Especificamente com relação a este ponto, é a pontual lição de AURY LOPES JR.:³⁶

No processo penal, forma é garantia. Logo, não há espaço para “poderes gerais”, pois todo poder é estritamente vinculado a limites e à forma legal. O processo penal é um instrumento limitador do poder punitivo estatal, de modo que ele somente pode ser exercido e legitimado a partir do estrito respeito às regras do devido processo. E, nesse contexto, o Princípio da Legalidade é fundante de todas as atividades desenvolvidas, posto que o *due process of law* estrutura-se a partir da legalidade e emana daí seu poder.

Nessa esteira, tem-se que é impossível a importação de figuras do processo civil para dentro do processo penal, a fim de justificar a decretação de qualquer espécie de medida cautelar inominada e estranha à legislação penal, sob pena de violar o princípio da legalidade, previsto no art. 5º, II, da Carta Magna: “*ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei*”.

5 ANÁLISE DE GRUPO DE CASOS

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça foi eleita como objeto de análise em virtude da sua atribuição de uniformização da interpretação da legislação federal brasileira. Tal desiderato tende, com efeito, a tornar mais representativa a amostragem dos casos analisados, bem como de sua atual aplicação. Neste sentido, mediante a utilização da seguinte palavras-chave “3.240/41”, foram encontrados, no sítio eletrônico do referido Tribunal, quatro acórdãos proferidos, no ano de 2019³⁷, pelas Quinta e Sexta Turmas, competentes para realizar

35 SARTI, Saulo. **As medidas assecuratórias na persecução à criminalidade econômica: análise dos requisitos para a decretação do arresto nas decisões do Tribunal Regional Federal da 4ª Região e da 7ª Vara Federal de Porto Alegre**. Dissertação de mestrado (Mestrado em Ciências Criminais), Pós-graduação em Ciências Criminais da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS, Porto Alegre, 2016, p. 52.1

36 LOPES JR., Aury. **A (in)existência de poder geral de cautela no processo penal**. Boletim IBCCRIM: São Paulo, ano 17, n. 203, out., 2009, Disponível em: <https://www.ibccrim.org.br/boletim_artigo/3960-A-ineistencia-de-poder-geral-de-cautela-no-processo-penal> (Acesso em: 15 de out. de 2019).

37 O recorte de casos nos quais os julgamentos ocorreram no ano corrente, foi uma opção para fins de demonstração da atualidade da matéria à jurisprudência no âmbito do STJ.

julgamentos de matéria criminal. Deste total, somente três precedentes, aqueles cujos posicionamentos serão analisados, tratam, especificamente, da controvérsia vertida neste escrito.

O *primeiro caso* eleito é extraído do AgRg no Recurso em Mandado de Segurança 60.870³⁸. Em suas razões recursais, a agravante pretendia a reforma da decisão pela impossibilidade de amoldar o Decreto-Lei 3.240/41 ao caso concreto e do excesso da da extensão na aplicação da medida, uma vez que foi determinado o bloqueio de bens, bem como a proibição de movimentação das contas bancárias. Na decisão, a partir da divergência inaugurada pelo voto-vista do Ministro Sebastião Reis Júnior, foi possível perceber a argumentação no sentido da necessidade de delimitação ao uso indiscriminado da modalidade acautelatória, referindo que a imposição da medida teria se dado através de decisão genérica que determinou o bloqueio das contas bancárias da empresa agravante, inviabilizando o exercício de suas atividades, o que estaria em desacordo com os Princípios da Proporcionalidade e da Razoabilidade. Por fim, assentou-se o entendimento, por maioria acompanhada pelos demais Ministros da Sexta Turma, que o bloqueio dos ativos já efetivado deveria ser mantido, todavia garantiu-se o direito de novas movimentações das contas bancárias.

O *segundo caso* é a decisão proferida no Agravo Regimental no Recurso em Mandado de Segurança 60.570/MS³⁹. A jurisprudência afirma que a medida é cabível, uma vez que, quando da sua decretação, os requisitos do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora* foram devidamente demonstrados, outrossim asseverou o entendimento da Corte de que a espécie acautelatória prevista no Decreto-Lei

38 A jurisprudência destaca: “(...) “O sequestro regulamentado pelo Decreto-Lei n.º 3.240/41 é meio acautelatório específico para a constrição de bens de pessoas indiciadas ou já denunciadas por crimes de que resulta prejuízo para a Fazenda Pública. Para se atingir o escopo de indenizar os cofres públicos dos danos causados pelos delitos, mostra-se prescindível “o exame em torno da licitude da origem dos bens passíveis de constrição, sendo necessário apenas que haja indícios veementes de que os bens pertencem a pessoa acusada da prática de crime que tenha causado prejuízo à Administração Pública” (RCDESP no Inq 561/BA, Corte Especial, Rel. Ministra ELIANA CALMON, DJe de 27/08/2009). O referido Decreto-Lei traz sistemática própria que, segundo os precedentes desta Corte Superior de Justiça, são perfeitamente compatíveis com o sequestro previsto no Código de Processo Penal (...)” Considerações do Voto-Vista: “Discordo da nobre Relatora: a meu ver, o manejo indiscriminado da medida prevista no Decreto-Lei n. 3.240/1941, ao fundamento único de resguardar os interesses da Fazenda Pública, não pode ser admitido, uma vez que, no caso, o bloqueio das contas bancárias do agravante está inviabilizando o exercício de suas atividades econômicas lícitas, relacionadas à agropecuária, não sendo essa, absolutamente, a finalidade do processo penal. Além disso, a decisão que decretou a medida de constrição é genérica, em desconformidade com o decreto-lei acima mencionado.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Recurso em Mandado de Segurança 60.870/MS. Relatora Min.^a Laurita Vaz. Sexta Turma, Brasília, 24 de set. de 2019. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201901425558&dt_publicacao=11/10/2019> (Acesso em: 14 de nov. de 2019)

39 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Recurso em Mandado de Segurança 60.570/MS. Relatora Min.^a Laurita Vaz. Sexta Turma, Brasília, 18 de jun. de 2019. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201901030120&dt_publicacao=01/07/2019> (Acesso em: 14 de nov. de 2019)

3.240/41 é perfeitamente compatível com o sequestro, previsto no CPP. O que chama a atenção na decisão, é o fato de que, com base no art. 4º, do Decreto-Lei em comento, se chegou à conclusão de que o *quantum* sequestrado poderia ser maior do que o suposto prejuízo apurado nas ações penais originárias (no caso, somavam-se duas ações penais).

O *terceiro* e último caso que será aqui analisado, trata-se do acórdão proferido no âmbito do Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial 1.267.816/RN⁴⁰. Na ocasião, os Ministros fixaram o entendimento de que à decretação da indisponibilidade prescinde qualquer discussão acerca da origem ilícita ou não do bem constricto, diante da permissividade conferida pelo 4º do Decreto-Lei 3.240/41.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Fixadas as bases de que o Código de Processo Penal dispôs integralmente acerca da possibilidade de decretação da indisponibilidade de bens de investigados e de terceiros diretamente relacionados com a arquitetura criminosa, é preciso reconhecer que aparentemente os Tribunais vêm adotando critérios baseados em norma revogada no âmbito do ordenamento jurídico.

É perceptível que a ânsia pela persecução penal de crimes financeiros (dentre eles os tributários) está, cada vez mais latente na sociedade, onerando o judiciário que, por vezes, faz com que o aplicador da norma se utilize de critérios não esclarecidos.

A despeito disso, Jesús-Maria Silva Sánchez⁴¹ elenca transformações sociais que acabam por influenciar e contribuir para este fenômeno, que são, em síntese: **(a)** o surgimento de novos interesses; **(b)** o efetivo aparecimento de novos riscos; **(c)** a institucionalização da insegurança; **(d)** a sensação social de insegurança; **(e)** a configuração de uma sociedade de sujeitos passivos; **(f)** a identificação da maioria com a vítima do delito; **(g)** o descrédito de outras instâncias de proteção.

Esclarecidos os contornos necessários para compreensão matéria vertida neste escrito, tem-se que a hipótese que se mostra mais adequada e razoável como

40 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.267.816/RN. Relator Min. Joel Ilan Paciornik. Quinta Turma, Brasília, 16 de mai. de 2019. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201800678604&dt_publicacao=23/05/2019> (Acesso em: 14 de nov. de 2019)

41 SILVA SANCHEZ, Jesús-Maria. **A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais**. ROCHA, Luiz Otávio de Oliveira (trad.). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 27-69.

forma de resolução do problema é a de que o Decreto-Lei 3.240/41 foi, efetivamente, ab-rogado pelo advento do CPP: norma de mesma hierarquia editada posteriormente e que regula integralmente a matéria.

Contudo, ainda que não se alcance este entendimento, antes de aplicar, a medida assecuratória prevista no Decreto-Lei 3.240/41, é necessário compreender seus próprios limites e fundamentos, a fim de que seja possível controlar a adequação da sua aplicação pelo Poder Judiciário, como requer a matriz lógico-normativa engendrada pela Constituição Federal de 1988.

Nessa esteira, tem-se que tal modalidade de medida constritiva seria possível, tão somente, quando demonstrada a presença do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora* que guarde a necessária referibilidade com investigações ou ações penais que apuram crimes com prejuízo à Fazenda Pública. Ademais, sob a luz dos Princípios Constitucionais da Proporcionalidade e da Razoabilidade, se alcança o entendimento de que a melhor técnica fixa, ainda, como critério limitador da sua decretação, que o *quantum* deverá guardar relação com o valor em que supostamente a Fazenda Pública teria sido prejudicada, adstrito ao grau de participação individualizado, nos casos em que há mais de um investigado ou acusado.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BADARÓ, Gustavo Henrique. **Manual dos recursos penais**. São Paulo, Revista dos tribunais, 2016.
- BADARÓ, Gustavo Henrique. **Medidas Cautelares patrimoniais no Processo Penal**. In VILARD, Celso Sanches; Pereira, Flávia Rahal Bresser; NETO, Theodomiro Dias (coord.). **Direito penal econômico: crimes econômicos e processo penal**. São Paulo: Saraiva, 2008.
- BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.267.816/RN. Relator Min. Joel Ilan Paciornik. Quinta Turma, Brasília, 16 de mai. de 2019. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201800678604&dt_publicacao=23/05/2019> (Acesso em: 14 de nov. de 2019)
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Recurso em Mandado de Segurança 60.570/MS. Relatora Min.^a Laurita Vaz. Sexta Turma, Brasília, 18 de jun. de 2019. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201901030120&dt_publicacao=01/07/2019>
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Recurso em Mandado de Segurança 35.973/MG. Relator Min Sebastião Reis Júnior. Sexta Turma, Brasília, 27 de out. de 2015. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201102288371&dt_publicacao=16/11/2015>. (Acesso em 13 de nov. de 2019).
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Recurso em Mandado de Segurança 60.870/MS. Relatora Min.^a Laurita Vaz. Sexta Turma, Brasília, 24 de set. de 2019. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201901425558&dt_publicacao=11/10/2019> (Acesso em: 14 de nov. de 2019)

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Recurso em Mandado de Segurança 60.570/MS. Relatora Min.^a Laurita Vaz. Sexta Turma, Brasília, 18 de jun. de 2019. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201901030120&dt_publicacao=01/07/2019> (Acesso em: 14 de nov. de 2019)

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Recurso em Mandado de Segurança 60.967/SP Relator Min. Leopoldo De Arruda Raposo (Desembargador convocado do TJ/PE). Quinta Turma, Brasília, 15 de out. de 2019. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201901571546&dt_publicacao=22/10/2019> (Acesso em 15 de nov. de 2019).

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Ordinário em Mandado de Segurança 43.327/MS. Relator: Min. Felix Fischer. Quinta Turma, Brasília, 03 de jun. de 2015. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201302209594&dt_publicacao=03/08/2015>. (Acesso em 13 de nov. de 2019).

CHOUKR, Fauzi Hassan. **Código de Processo Penal: Comentários Consolidados & Crítica Jurisprudencial**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017.

GIACOMOLLI, Nereu José. **O devido processo penal: abordagem conforme a Constituição Federal e o pacto de São José da Costa Rica**. São Paulo: Atlas, 2014.

GIACOMOLLI, Nereu José. **Prisão, liberdade e as cautelares alternativas ao cárcere**. São Paulo: Marcial Pons, 2013.

LOPES JR., Aury. **A (in)existência de poder geral de cautela no processo penal**. Boletim IBCCRIM: São Paulo, ano 17, n. 203, out., 2009, Disponível em: <https://www.ibccrim.org.br/boletim_artigo/3960-A-inexistencia-de-poder-geral-de-cautela-no-processo-penal> (Acesso em: 15 de out. de 2019).

LOPES JR., Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**. São Paulo: Saraiva, Volume 1, 2014.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 36^a ed. SP: Malheiros, 2006.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal comentado**. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e Execução Penal**. 11ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

PACELLI DE OLIVEIRA, Eugênio; FISCHER, Douglas. **Comentários ao Código de Processo Penal e sua jurisprudência**. São Paulo: Atlas, 2017.

SARTI, Saulo. **As medidas assecuratórias na persecução à criminalidade econômica: análise dos requisitos para a decretação do arresto nas decisões do Tribunal Regional Federal da 4^a Região e da 7^a Vara Federal de Porto Alegre**. Dissertação de mestrado (Mestrado em Ciências Criminais), Pós-graduação em Ciências Criminais da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS, Porto Alegre, 2016.

SILVA SANCHEZ, Jesús-Maria. **A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais**. ROCHA, Luiz Otávio de Oliveira (trad.). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

TÁVORA, Nestor. **Curso de direito processual penal**. Salvador: JusPodivm, 2016.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de processo penal**. São Paulo: 2012, Saraiva.

INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL E PRISÃO PREVENTIVA: O USO DAS NOVAS TECNOLOGIAS PARA AVALIAÇÃO DE RISCOS

Ana Carolina Mezzalira¹

Resumo: A prisão preventiva é medida que somente deve ser decretada diante de uma efetiva necessidade, porém, a legislação pátria ainda possui dificuldades para estabelecer quais seriam as hipóteses que justificariam a sua aplicação. Nesse sentido, as novas tecnologias vêm se inserindo no contexto do encarceramento preventivo, propondo a análise de dados algoritmos quando da decretação da prisão do indivíduo antes de uma sentença condenatória. Assim, pretende-se verificar se a inteligência artificial é efetivamente útil e necessária na seara da prisão cautelar preventiva. Concluiu-se que os algoritmos estão chegando a conclusões muito parecidas com as humanas, justamente porque tais são criados e alimentados com base em informações dos profissionais que criam esses mecanismos, os quais incluem neles todos os seus pré-conceitos e preconcepções sobre o criminoso, realidade que já é enfrentada quando da leitura das decisões proferidas pelos julgadores sem o uso da inteligência artificial.

Abstract: The pre-trial detention it is an action that should only be issued in face of a real need, but the national legislation still has difficulties in establishing the hypotheses that would justify its application. In this sense, the new technologies have been added in the context of preventive incarceration, proposing the analysis of algorithms when decreeing the arrest of the individual before a guilty verdict. Thus, it is intended to verify if artificial intelligence is effectively useful and necessary in the area of pre-trial detention. It was concluded that the algorithms are coming to conclusions very

¹ Mestranda pelo programa Pós-Graduação de Ciências Criminais da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS). Bolsista Capes. Especialista em Direito Penal e Processo Penal. Técnica Superior Penitenciária - Advogada da Superintendência dos Serviços Penitenciários (SUSEPE). E-mail: ana.mezzalira@yahoo.com.br

similar to the human ones, precisely because they are created and fed based on information from the professionals who create these mechanisms, which include on them all their prejudice and preconceptions about the criminal, reality that is already faced when reading judgments made by judges without the use of artificial intelligence.

Palavras- Chave: Prisão Preventiva, Inteligência Artificial, Avaliação de riscos, Algoritmos

INTRODUÇÃO

A prisão preventiva é a medida cautelar pessoal mais tradicional do Processo Penal brasileiro, com fundamentos e requisitos estabelecidos no ordenamento jurídico pátrio buscando a garantia do bom andamento do processo, para que, ao final, haja uma sentença válida e efetiva, passível de produzir efeitos.

Tratando-se de medida que versa sobre a garantia constitucional de liberdade do indivíduo antes de uma sentença condenatória transitada em julgado, há uma grande preocupação de que seja decretada somente nas hipóteses de efetiva necessidade, sendo essa, inclusive, a orientação constitucional, a qual embasou a alteração legislativa no Código de Processo Penal em 2011, incluindo na legislação infraconstitucional a regra de que a prisão preventiva deve ser a *ultima ratio* (art. 282, § 6º do CPP).

Apesar do suposto empenho em estabelecer contornos e limites mais eficazes à medida cautelar, a legislação pátria ainda possui severas dificuldades para estabelecer de forma objetiva quais seriam as hipóteses que efetivamente justificariam a decretação da prisão preventiva, havendo divergências doutrinárias e jurisprudenciais nesse sentido, especialmente porque o risco em aplicar ou não a prisão cautelar é avaliado caso a caso e por diferentes julgadores.

É nesse ponto que as novas tecnologias vêm se inserindo no contexto do encarceramento preventivo, mais especificamente na avaliação do risco para aplicação da medida cautelar pessoal, propondo, por meio da inteligência artificial, a utilização algoritmos para verificar a efetiva necessidade da prisão de um indivíduo antes de uma sentença condenatória, com a promessa de ser mais efetiva do que a mente humana.

Dessa forma, pretende-se abordar a temática das novas tecnologias no contexto da prisão preventiva e verificar se tais são efetivamente úteis e necessárias nessa seara, especialmente para o Processo Penal brasileiro, onde os fundamentos

para decretação da medida ainda permanecem sob ampla discricionariedade do julgador.

1. O ATUAL CENÁRIO DA PRISÃO CAUTELAR PREVENTIVA

Não há dúvidas de que o instituto da prisão cautelar preventiva já está profundamente arraigado em nosso ordenamento jurídico, sendo cada vez mais frequente a sua utilização pela justiça penal na busca incessante por respostas céleres, ainda que tais possam não ser totalmente adequadas². Porém, no intuito de assegurar a efetividade processual através das medidas cautelares pessoais – mais especificamente da restrição da liberdade do indivíduo antes de uma condenação definitiva –, surge um grave problema, qual seja, “se não adotada, corre-se o risco da impunidade; se adotada, corre-se o perigo da injustiça”³ (BINDER, apud, CRUZ, 2006, p. 03).

Assim, a prisão preventiva é medida que repercute para além do mundo jurídico, possuindo um viés social e político que não pode ser negado⁴, sendo necessário melhor analisá-la, especialmente no que se refere aos limites para a sua aplicação, estabelecidos pelo legislador através de pressupostos e requisitos elencados nos arts. 312 e 313 do Código de Processo Penal.

1.1 PRESSUPOSTOS E FUNDAMENTOS PARA DECRETAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA

Para que a prisão cautelar preventiva seja decretada, faz-se necessário a verificação da existência de pressupostos, quais sejam, provas da existência do crime e indícios suficientes de autoria, consoante estabelece o final do art. 312 do CPP⁵.

2 Segundo Luigi Ferrajoli, “a prisão preventiva consolidou-se nos códigos e estendeu-se nas práticas até atingir as bem conhecidas dimensões patológicas hodiernas. A perversão mais grave do instituto, legitimada infelizmente por Carrara e antes de tudo por Pagano, foi a sua mutação de instrumento exclusivamente processual destinado à “estrita necessidade” instrutória para instrumento de prevenção e de defesa social, motivado pelas necessidades de impedir que o imputado cometa outros crimes” (2006, p. 444).

3 Segundo Francesco Carnelutti (2002, p. 63), a miséria do Processo Penal se evidencia exatamente na medida em que este é capaz de produzir “desastres”, quais sejam, “expõe um pobre homem a ser pintado a largos traços frente ao juiz, inquirido, e não raramente detido, arrancado de sua família e seus afazeres, prejudicado, para não dizer arruinado perante a opinião pública, para depois não se ver nenhuma culpa”.

4 Para Cândido Rangel Dinamarco (2008, p. 208), “existe um modo de ver os fenômenos do direito exclusivamente como tais e pelo significado jurídico que têm, sem atentar à sua inserção na vida da sociedade. Tal é a visão estritamente jurídica que, enquanto aplicada ao estudo do processo e dos seus escopos, mostra-se insuficiente e estéril, clamando por complementações no plano político e no propriamente social”.

5 Tais pressupostos são também conhecidos como *fumus delicti*, sendo que tal expressão, ao contrário daquela usada em processo civil - *fumus boni iuris* - se adéqua melhor à esfera processual penal, como bem assevera Aury Lopes Jr. (2019, p. 42), pois “constitui uma impropriedade jurídica (e semântica) afirmar que para a decretação de uma prisão cautelar é necessária a existência de *fumus boni iuris*. E segue o autor, salientando que “como se pode afirmar que o delito é a “fumaça de bom direito”? Ora, o delito é a negação do direito, sua antítese!”.

Após verificado o *fumus delicti*, a legislação exige a análise dos fundamentos para a decretação da medida cautelar preventiva, conhecidos como *periculum libertatis* (LOPES JR. 2019), elencados na parte inicial do dispositivo do art. 312 do CPP⁶. Essa expressão surge como contraponto ao *periculum in mora*, tendo em vista se coadunar melhor com as regras do Processo Penal, havendo necessidade de abandono da doutrina civilista (LOPES JR., 2019).

Ressalta-se, desde já, que muitos dos fundamentos que ainda hoje justificam a aplicação do instituto da prisão preventiva foram trazidos quando da criação do diploma legal, em 1941, possuindo estreita relação com o regime autoritário e fascista. E a corroborar a conclusão de que a base da nossa legislação processual penal é ultrapassada, inclusive no que se refere às regras atinentes à prisão preventiva, basta que analisemos a Exposição de Motivos do Código, escrita por Francisco Campos na data de oito de setembro de 1941⁷.

Além disso, não se pode ignorar que os fundamentos elencados pelo legislador no ordenamento jurídico pátrio para aplicação da prisão preventiva não são totalmente taxativos e restritos, deixando margem para interpretações extremamente amplas e por vezes discutíveis. De qualquer sorte, necessário o enfrentamento dos seguintes fundamentos exigidos pelo legislador para decretação da prisão preventiva, pois possuem estreita relação com o tema central do trabalho: garantia da ordem pública – e da ordem econômica -, conveniência da instrução criminal e aplicação da lei penal.

Quanto à garantia da ordem pública, trata-se de fundamento que, embora sofra fortes críticas da doutrina⁸ e onde não se verifique um consenso nas decisões jurisprudenciais⁹, visa assegurar, essencialmente, a proteção da persecução penal

6 Garantia da ordem pública, garantia da ordem econômica, conveniência da instrução criminal e assegurar a aplicação da Lei Penal (BRASIL, 2018, s.p).

7 “De par com a necessidade de coordenação sistemática das regras do Processo Penal num Código único para todo o Brasil, impunha-se o seu ajustamento ao objetivo de maior eficácia e energia da ação repressiva do Estado contra os que delinqüem. As nossas vigentes leis de processo penal asseguram aos réus, ainda que colhidos em flagrante ou confundidos pela evidência, um tão extenso catálogo de garantias e favores, que a repressão se torna, necessariamente, defeituosa e retardatária, decorrendo daí um indireto estímulo à expansão da criminalidade (grifo nosso). Urge que seja abolida a injustificável primazia do interesse do indivíduo sobre o da tutela social. Não se pode continuar a contemporizar com pseudodireitos individuais em prejuízo do bem comum. O indivíduo, principalmente quando vem de se mostrar rebelde disciplina jurídico-penal da vida em sociedade, não pode invocar, em face do Estado, outras franquias ou imunidades além daquelas que o assegurem contra o exercício do Poder Público fora da medida reclamada pelo interesse social. Este o critério que presidiu a elaboração do presente projeto de Código” (BRASIL, 2018, s.p).

8 Aury Lopes Jr. defende a inconstitucionalidade desse fundamento (2018).

9 Nesse ponto, importante refletirmos sobre conceitos e informações que muitas vezes se reproduzem e se aplicam no meio jurídico sem a exata compreensão dos seus limites e dos seus significados, sendo utilizados de forma acrítica, como bem assevera Ricardo Jacobsen Gloeckner “Salvo raras exceções, a doutrina costuma, ao reproduzir máximas e verbetes jurisprudenciais, retroalimentar um sistema acrítico de categorias processuais penais [...], a carregar de sentido inúmeros conceitos processuais penais, tratando-os como se fossem privatísticos; tem-se, ainda, a sobrevivência umbrática de conceitos pandectísticos e ramanísticos,

nas hipóteses em que existe risco de o indivíduo, solto, voltar a praticar novos atos contrários à Lei, ou nos casos em que já existem indícios de que o acusado vem reiterando a ofensa à ordem constituída.

No tocante ao fundamento da conveniência da instrução criminal, compreende-se que o mesmo, em geral, é utilizado para decretar a prisão preventiva nas hipóteses em que se pretende garantir a prova, sendo exemplos típicos dessa hipótese “a prisão porque há ameaça a testemunhas ou porque pode o acusado fazer desaparecer importantes fontes de prova” (FERNANDES, 2005, p. 316). Por fim, o fundamento da aplicação da Lei Penal tem sido usado como argumento para decretação da medida cautelar preventiva nos casos em que há suspeitas de que o acusado possa fugir ao longo da persecução penal¹⁰.

Da análise dos fundamentos exigidos pelo legislador para aplicação da prisão preventiva, merece destaque a ausência de conceitos e limites bem definidos para incidência da medida, permitindo uma ampla atuação da interpretação do juiz nas suas decisões, autorizando um “ativismo”, sob o pretexto de garantia de direitos e de dar conta da “complexidade e da pluralidade de interesses¹¹” (ANITUA, 2018, p. 103).

Assim, não há dúvidas sobre a utilidade de mecanismos que possam tornar mais eficaz a aplicação da prisão preventiva pelos juízes, permitindo a decretação da medida somente em casos estritamente necessários, evitando-se injustiças nos casos concretos e a superlotação carcerária decorrente do alto índice de presos provisórios, uma triste realidade do sistema prisional brasileiro¹². Todavia, faz-se necessário uma análise crítica e atenta sobre estes mecanismos, sob pena de tornarmos o sistema penal ainda mais deficiente e equivocado.

como se tais categorias pudessem de fato, dada a complexidade da nossa sociedade, fazer algum sentido” (2016, p. 284).

- 10 Sob outro ponto de vista, Fernando de Almeida Pedrosa (1994, p.93) afirma que “fundamentar a prisão preventiva no fato de assegurar que o imputado não se subtraia da possível aplicação da lei penal *prima facie* deixa transluzir violação ao seu direito de colocar-se à ilharga da persecução penal”.
- 11 “[...] a justiça assume o lugar simbólico da democracia, constituindo um novo governo de juízes, que assume um poder inédito. Isso se produz porque o Direito se converteu em uma nova linguagem com a qual se formulam as demandas políticas que, decepcionadas por um Estado em retirada, se dirigem massivamente à justiça. Assim, Antonie Garapon também dá conta do ativismo judicial, já que o juiz é requerido como o novo anjo da democracia, para o que é impulsionado pelo descrédito do Estado, a decepção da política e pelo peso dos meios de comunicação” (ANITUA, 2018, p.106).
- 12 Nesse sentido, destaca-se que o mapa da população prisional gaúcha de 09 de outubro de 2019, obtido através do site da Superintendência dos Serviços Penitenciários do Rio Grande do Sul, demonstra que o número total de presos recolhidos nos estabelecimentos prisionais do RS em regime fechado (homens e mulheres) era naquela data de 30.532, sendo que destes, 13.758 eram provisórios. Isso significa que aproximadamente 45% dos indivíduos que compunham o Sistema Prisional do Rio Grande do Sul até aquela data não possuíam condenação transitada em julgada.

2. VISÃO GERAL SOBRE O USO DA INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL NO PROCESSO PENAL

O uso da inteligência artificial no processo não é propriamente uma novidade, já sendo aplicado de forma rudimentar e também - em situações bastante excepcionais - de maneira avançada, havendo ainda uma falta de conhecimento a respeito do tema e das suas possibilidades para a persecução penal (FENOLL, 2018). O Supremo Tribunal Federal, inclusive, já noticiou o uso da inteligência artificial por meio do programa “VICTOR”, para leitura de todos os recursos extraordinários que sobem ao órgão, identificando por meio daquele quais estão vinculados a determinados temas de repercussão geral. Segundo noticiado pelo Supremo,

VICTOR não se limitará ao seu objetivo inicial. Como toda tecnologia, seu crescimento pode se tornar exponencial e já foram colocadas em discussão diversas ideias para a ampliação de suas habilidades. O objetivo inicial é aumentar a velocidade de tramitação dos processos por meio da utilização da tecnologia para auxiliar o trabalho do Supremo Tribunal. A máquina não decide, não julga, isso é atividade humana. Está sendo treinado para atuar em camadas de organização dos processos para aumentar a eficiência e velocidade de avaliação judicial (2018, s.p).

De forma geral, a inteligência artificial, hoje, é utilizada no processo penal basicamente para duas atividades: de tramitação processual e busca de dados; e a que envolveria a atividade de julgar, esta última mais complexa e motivo de muitos questionamentos¹³ (FENOLL, 2018).

Para podermos compreender se a inteligência artificial pode ser utilizada na segunda hipótese, é importante, primeiro, entender qual o seu conceito. Segundo a doutrina, ela é a possibilidade de uma máquina, em alguma medida, pensar ou imitar o pensamento humano, usando como base para isso conhecimentos gerais de informações que as pessoas usariam para tomar decisões rotineiras (FENOLL, 2018).

A palavra chave para compreender inteligência artificial é “algoritmo”, que nada mais é do que um esquema de execução onde a máquina armazena todas as opções de decisão possíveis, não havendo limites para o armazenamento de informações em uma máquina, ao contrário do que acontece com o ser humano.

13 Conforme lição de Alexandre Morais da Rosa, “a inteligência artificial chegou de vez no ambiente jurídico. Após 30 anos do texto da Constituição da República, o desafio não é mais o de analisar o plano semântico, mas, sim, o de ampliar o modo de aprendizagem do modo constitucional de perceber o mundo, enfim, de se colocar lentes constitucionais adequadas à democracia, no eterno jogo de matizes ideológicos e de interesses econômicos” (2018,s,p).

Nesse contexto, a inteligência artificial já vem sendo usada nos procedimentos processuais, evitando atividades mecânicas e burocráticas, sendo nesse campo um importante elemento de auxílio. Da mesma forma, já existem muitas ferramentas de inteligência artificial que podem ajudar o juiz a valorar a prova ou ao menos organizar algum tipo de raciocínio sobre o que já está produzido nos autos, utilizando-se de precedentes e análises de jurisprudências ou outras fontes (FENOLL, 2018).

Ainda, segundo estudiosos, compreende-se possível utilizar as novas tecnologias para auxiliar na argumentação das decisões. Nesse sentido, a inteligência artificial conseguiria em minutos ler e compilar informações para realizar uma lista de argumentos a favor ou contra qualquer questão sustentada, com um suporte documental assombroso, o que, para o ser humano, seriam necessários meses de análise e estudo (FENOLL, 2018).

Porém, é importante nos recordarmos de que a argumentação em matéria jurídica não depende somente de variáveis previsíveis por algoritmos, mas especialmente de um trabalho de persuasão, convencimento. Portanto, é fundamental que tenhamos consciência de que a inteligência poderá ajudar o juiz na sua argumentação, mas nunca deverá substituí-lo completamente.

3. A INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL APLICADA À PRISÃO PREVENTIVA

Conforme já mencionado, um dos temas mais complexos envolvendo o processo penal diz respeito à compreensão do que efetivamente caracteriza o *periculum libertatis* para a decretação ou não uma prisão preventiva, não havendo consenso entre juízes e doutrinadores quanto à sua definição teórica ou concretização prática.

Nesse ponto, o maior desafio parece ser o de analisar a existência do risco no caso concreto, seja ele o de reiteração delitiva, de fuga ou de sumiço de provas, por exemplo. Parece fácil afirmar que uma pessoa com antecedentes criminais irá reincidir, mas seria possível algum grau de certeza? É nesse contexto que a inteligência artificial pretende auxiliar o processo penal a dar um salto de qualidade.

3.1 AVALIAÇÃO DOS RISCOS DE DESTRUIÇÃO DA PROVA

De acordo com o que já foi estudado, é possível decretar a prisão preventiva de um indivíduo no Brasil sob o fundamento da conveniência da instrução

criminal, para fins de garantia da prova processual penal. Nesse ponto, a inteligência artificial se propõe a auxiliar o juiz em uma avaliação mais precisa sobre o risco que estaria envolvido nesse contexto, permitindo analisar o comportamento do acusado através de suas condutas antecedentes.

Por meio de algoritmos previamente estabelecidos, a inteligência artificial levaria em consideração, por exemplo, condutas do réu dirigidas a eliminar ou manipular vestígios do crime, a posição de poder que possa vir a exercer em uma organização criminosa, o perfil das pessoas que lhe cercam etc. (FENOLL, 2018).

De pronto, é possível questionarmos acerca do risco que a aplicação da inteligência artificial poderia trazer nesses casos, na medida em que poderia causar uma automatização na adoção das medidas cautelares mediante a exclusiva vinculação aos algoritmos. Porém, não se pode ignorar que a automatização e falta de argumentação adequada que tanto nos preocupa já é uma realidade nas decisões judiciais atuais, onde o juiz, muitas das vezes, não utiliza motivações adequadas para decretar a medida cautelar pessoal nessas hipóteses.

Assim, é possível que a inteligência artificial possa em alguma medida auxiliar o juiz a justamente evitar o automatismo, colocando-o de frente com as suas próprias carências argumentativas e impondo-lhe a busca por novas ferramentas de avaliação da relação entre o risco existente e a necessidade de adoção de medida extramente gravosa como o cerceamento de liberdade do indivíduo (FENOLL, 2018).

3.2 AVALIAÇÃO DO RISCO DE REITERAÇÃO DELITIVA

O fundamento previsto no CPP que justificaria o encarceramento preventivo em razão da existência do risco da prática de novos delitos é o da garantia da ordem pública, conforme dispõe o art. 312. Da análise desse fundamento, é possível verificar que o mesmo exige a verificação de um risco que possui um viés muito mais psicológico do que jurídico (FENOLL, 2018).

Alguns profissionais da Psicologia, inclusive, se propõem a estudar e analisar a personalidade do réu, com o objetivo de prever se ele vai voltar a delinquir, porém, essa análise, no Brasil, geralmente é feita com presos definitivos, para avaliar a concessão de benefícios ao longo do cumprimento da pena privativa de liberdade, por meio de avaliações psicológicas – ou pelos antigos exames criminológicos previstos na Lei de Execuções Penais.

Analisar, porém, a possibilidade de reiteração delitiva de um indivíduo

condenado é situação bastante diversa de analisar a de um inocente – situação do preso preventivo. No primeiro caso há mais chances de acerto no uso de algumas premissas, mas na segunda hipótese não haveria como possuir qualquer tipo de certeza.

Nos EUA, o uso da inteligência artificial para avaliação do risco de reiteração delitiva já vem sendo usado em larga escala, com diversos programas que se propõem a responder essa indagação, em que pese às diversas críticas recebidas. Como exemplo principal tem-se o programa COMPAS, ferramenta de inteligência artificial que tenta calcular o risco de reincidência de um indivíduo, seja ele um preso definitivo ou provisório (FENOLL, 2018).

A ferramenta é baseada em algoritmos construídos a partir de diversos dados do réu, combinados por meio de uma forma complexa de funcionamento, o qual ainda não foi esclarecido pelos seus criadores, situação que dificulta eventual defesa e exercício do contraditório. De acordo com os parcos dados disponibilizados pelo programa, dentre os 137 itens usados para levantamento das informações, constam os seguintes: antecedentes criminais da família, dos amigos, consumo de drogas e álcool pelo indivíduo, situação domiciliar (se possui residência fixa), se a zona domiciliar possui alto índice de criminalidade, nível de estudo do acusado, situação financeira, entre outros quesitos que pouca relação possuem com a prática criminal propriamente dita (FENOLL, 2018).

Conforme leciona Jordi Nieva Fenoll (2018, p. 69), “se ha detectado recientemente que COMPAS puede ser racista, porque establecía índices de peligrosidad más altos em afroamericanos que em personas de raza blanca”. O programa também é acusado de ser classista, porque os indivíduos com melhores condições financeiras tendem a ser considerados menos perigosos que os pobres (FENOLL, 2018).

Em que pese às críticas que possam ser feitas ao uso de programas de inteligência artificial para avaliação do risco na reiteração delitiva, é importante que não nos olvidemos do fato de que os seus resultados (racistas, classistas, preconceituosos, celetistas) se assemelham muito com o que verificamos no sistema prisional brasileiro, onde a maioria dos indivíduos que estão presos é parda, negra e de baixa renda. Essa situação somente se evidencia porque as decisões judiciais que determinam o encarceramento desses indivíduos são embasadas muitas vezes por ideias pré-concebidas e preconceituosas sobre a figura do criminoso, exatamente como parecem ser os programas que se propõem a realizar a avaliação de risco.

3.3 AVALIAÇÃO DO RISCO DE FUGA

O risco de fuga é outro fundamento que o julgador pode utilizar para justificar o decreto de prisão preventiva de um indivíduo, alegando necessidade de acautelar a futura aplicação da lei penal, nos termos do código de processo penal. Segundo Jorge Nieva Fenoll (2018, p. 75), a avaliação da possibilidade de fuga de um acusado é bastante difícil, pois “pertenece a las más internas ideas de um sujeto y, por más que se pretenda lo contrario, no acostumbra a ser algo que pueda venir descubierto por circunstancia externa de ningún tipo de realidad”.

Uma ferramenta de inteligência artificial, quanto a este ponto, trataria de compilar os dados referentes a eventuais fugas anteriores do acusado, indícios de que o indivíduo vai foragir a partir de outros dados conhecidos, porém, os perigos seriam os mesmos já aventados em tópico anterior, qual seja, o risco de automatização das decisões e a dificuldade de se ter certeza sobre o que o réu efetivamente pretende fazer (FENOLL, 2018).

O que se pode perceber, portanto, é que nenhuma ferramenta será capaz de conferir certeza ao juiz no momento da decisão acerca da prisão preventiva no que se refere à possibilidade de fuga do indivíduo, cabendo ao juiz, sempre, buscar elementos argumentativos que possam conferir credibilidade à sua convicção, permitindo-se indagar a respeito de diversos fatores, inclusive aceitando que, na maioria das vezes, não será possível prever o que efetivamente vai acontecer.

CONCLUSÕES

A partir dos estudos sobre o uso da inteligência artificial na decretação da prisão preventiva no processo penal, é possível verificar que a doutrina ainda é bastante escassa quanto a este ponto, tratando-se de tema inovador que certamente ainda renderá muitas reflexões teóricas. Porém, já é possível detectar que a utilização das novas tecnologias no processo é uma realidade que não pode mais ser negada ou ignorada, tratando-se de mecanismo que vem servindo para modernização e aprimoramento do Sistema processual brasileiro e que chegará, mais cedo ou mais tarde, no universo das medidas cautelares pessoais.

Apesar de uma inicial desconfiança que o tema possa vir a causar aos operadores do Direito, a principal conclusão que se extrai é de que os algoritmos das máquinas, na maioria das vezes, estão chegando a conclusões muito parecidas com as humanas no que se refere ao risco para decretação da prisão preventiva, justamente porque esses algoritmos são criados e alimentados com base em in-

formações dos profissionais que criam esses mecanismos, os quais incluem neles todos os seus pré-conceitos e pré-concepções sobre o criminoso, realidade que já é enfrentada quando da leitura das decisões proferidas pelos julgadores sem o uso da inteligência artificial.

Portanto, ao que tudo indica, enquanto a mentalidade social não sofrer uma mudança paradigmática no que se refere ao encarceramento preventivo, compreendendo a importância do respeito ao princípio da presunção de inocência antes de uma condenação transitada em julgado, o que impõe, em regra, o *status* de liberdade ao indivíduo, não haverá inteligência artificial capaz de concluir o contrário, pois esta não existe sem uma mente humana por detrás.

REFERÊNCIAS

- BRASIL. **Código de Processo penal brasileiro**, de 03 de outubro de 1941. 29.ed. São Paulo: Saraiva, 2018.
- CARNELUTTI, Francesco. **As Misérias do processo penal**. Tradução de José Antonio Cardinalli. Campinas: Bookseller, 2002.
- CRUZ, Rogério Schietti Machado da. **Prisão Cautelar: dramas, princípios e alternativas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. **A Instrumentalidade do Processo**. 13.ed. São Paulo: Malheiros, 2008.
- FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo Penal Constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.
- FENOLL, Jordi Nieva. **Inteligencia artificial y Proceso Judicial**. São Paulo: Marcial Pons, 2018.
- FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão; teoria do Garantismo Penal**. Tradução de Hassan Choukr Fauzi e Luis Flávio Gomes. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.
- GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Nulidades na Imputação Criminal: Operação Lava Jato e o art. 383 do CPP**. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, ano 24, vol. 122, p. 281-307, ago.2016.
- LOPES JR. Aury. **Fundamentos do processo penal: Introdução Crítica**. SaraivaJur editora. 5º edição, 2019.
- _____. **Prisões cautelares**. Saraivajur editora. 5º edição, 2018.
- PEDROSO, Fernando de Almeida. **Processo Penal; o direito de defesa: repercussão, amplitude e limites**. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.
- ROSA, Alexandre Morais da. **A inteligência artificial chegou chegando: magistratura 4.0**. Disponível em <<https://www.conjur.com.br/2018-jul-13/limite-penal-inteligencia-artificial-chegou-chegando-magistratura-40>>. Acesso em 04 mai. 2019.
- SUPERINTENDENCIA DOS SERVIÇOS PENITENCIÁRIOS. Disponível em http://www.intrasusepe.rs.gov.br/conteudo/6509/?Ano_2019. Acesso em 09 out. 2019.
- SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Inteligência artificial vai agilizar a tramitação de processos no STF**. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=380038>>. Acesso em: 02 abr. 2019.

INVESTIGAÇÃO DEFENSIVA: AVANÇOS E PERSPECTIVAS PARA EFETIVAÇÃO DAS PRERROGATIVAS DA ADVOCACIA CRIMINAL

Alberto Ruttké¹

Felipe Mrack Giacomolli²

Marcos Pippi Fraga³

RESUMO: O respeito às prerrogativas da advocacia constitui pilar fundamental do Estado Democrático de Direito, garantindo a observação do Devido Processo Penal. À vista disso, não obstante a natureza predominantemente inquisitorial da investigação preliminar e a mitigação do direito de defesa, o implemento e aperfeiçoamento do exercício de atos investigativos pela defesa técnica, no interesse do investigado, representa um avanço na efetivação das prerrogativas da advocacia e permite a contenção de arbitrariedades decorrentes da atuação estatal. Nesse contexto, o presente estudo pretende analisar o avanço e aperfeiçoamento da proteção às prerrogativas da advocacia no sistema jurídico brasileiro, decorrente de sua histórica evolução a partir da Constituição Federal de 1988, culminando na sedimentação da atuação ativa do advogado durante a investigação criminal, contribuindo diretamente na formação da *opinio delicti*.

Palavras-chave: Investigação Preliminar, Prerrogativas da Advocacia, Ampla Defesa.

ABSTRACT: Respect for the advocacy prerogatives is a main pillar of the Democratic Rule of Law, ensuring due criminal proceedings observation. Therefore, despite the predominantly inquisitorial nature of preliminary investigation and the right of defense mitigation, the improvement of the exercise of investigative acts by technical defense in the investigated interest represents an advance in the prerogatives of legal practice effectiveness and allows containment of arbitrariness arising from state performance. In this context, the present study intends

1 Advogado. Especialista em Ciências Penais e Mestrando em Ciências Criminais (PUCRS).

2 Advogado. Especialista em Direito Penal Empresarial (PUCRS) e Pós-graduado em Garantias Fundamentais do Processo Penal (UCLM-Toledo).

3 Advogado. Especialista em Ciências Penais (PUCRS) e Pós-graduado em Garantias Fundamentais do Processo Penal (UCLM-Toledo).

to analyze the advance and improvement of the prerogatives of legal practice protection in the Brazilian legal system, resulting from its historical evolution since the 1988 Federal Constitution, culminating in the lawyer active action sedimentation during the criminal investigation, as contributing directly to the *opinion delicti* formation.

Keywords: Preliminary Investigation, Attorney's Prerogatives, Full Right to Defense.

INTRODUÇÃO

A fase preliminar do processo penal, por constituir importante etapa do sistema criminal e irradiar efeitos em todo o processo e nos diversos sujeitos processuais, não deve limitar sua compreensão a partir da reducionista ótica inquisitorial em que se funda, ao argumento de ser apenas procedimento administrativo. Em que pese prescindível ao processo penal, a investigação preliminar possui papel fundamental não só na preparação de subsídios ao exercício da pretensão acusatória, como também no funcionamento eficaz da Justiça, impedindo os efeitos nocivos que uma acusação infundada causa ao sujeito passivo.

Frente à essa concepção, as bases e funções da investigação criminal brasileira devem ser refletidas e amadurecidas com vista à concretização dos direitos e garantias fundamentais do investigado, na perspectiva de consolidação de um processo penal democrático e constitucionalmente vinculado. O sistema processual penal democraticamente constituído (e evoluído) deve guiar-se através dos valores constitucionais insculpidos na Carta Magna de 1988, haja vista sua estrutura como termômetro dos elementos corporativos ou autoritários de sua Constituição.⁴ Como necessidade democrática, o direito de defesa e ao contraditório, constitucionalmente previstos no artigo 5º, LV, da Constituição Federal, devem ser assegurados em todos os procedimentos, com a efetiva e igualitária participação das partes (persecução e defesa).

Contudo, as problemáticas passam a surgir quando à defesa técnica se limite um papel mínimo – e vezes inexistente – de atuação na fase preliminar do processo penal. Isso se deve ao fato de que, em sistemas de instrução a cargo da polícia ou do Ministério Público, como o vigente em nosso país, toda atividade se destina a subsidiar o acusador e titular da Ação Penal, tendo como consequência

4 GOLDSCHMIDT, James Paul. **Problemas Jurídicos y Políticos del Proceso Penal**. Barcelona: Bosch, 1935. p. 67.

um procedimento unilateral de interesse unicamente da acusação.⁵

Por conta disso, e sob a ótica dos valores constitucionais democráticos insculpidos na Constituição Federal de 1988, passa-se a atentar para uma participação mais ativa e substancial do defensor durante a investigação preliminar, na tentativa de mitigar e abandonar a natureza autoritária do instrumento influenciado pelas concepções fascistas do “Código de Rocco”. Nesse contexto, a necessária evolução do arcabouço normativo, com recentes alterações legislativas sobre o papel da defesa técnica na fase da *persecutio criminis* preliminar, vai ao encontro da concretização de um modelo garantista de investigação, norteados pelos princípios e garantias individuais da pessoa humana. Não se olvidam, ainda, os riscos da dependência cognitiva e contaminação prematura geradas pela integração de peças produzidas durante a investigação sem o respeito às garantias constitucionais ao processo penal, que irradiam efeitos sobre todo o processamento judicializado.

Diante disso, inicialmente, faz-se necessário contextualizar a investigação preliminar no processo penal brasileiro e analisar o aperfeiçoamento dos instrumentos normativos relacionados ao papel da defesa nessa fase, que positivam e ampliam as formas de atuação do advogado, sedimentando a atuação ativa e contribuição direta na formação da *opinio delicti*. A partir disso, realizar-se-ão considerações sobre o Inquérito Policial, principal instrumento de investigação criminal vigente no Brasil, e a necessidade de adoção de uma postura ativa do defensor na fase inicial da *persecutio criminis*, para, então, adentrarmos no estudo da efetivação das prerrogativas profissionais do advogado como corolário da garantia do exercício da ampla defesa e de uma investigação criminal constitucional-garantista, na concretização dos princípios do Estado Democrático de Direito.

1 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA INVESTIGAÇÃO PRELIMINAR NO BRASIL E SEUS INSTRUMENTOS NORMATIVOS

No Brasil, desde a época colonial e o período que antecedeu as ordenações, há uma série de formas e mecanismos de investigação inicial dos fatos delituosos. Antes da independência do Brasil, a legislação brasileira era idêntica à de Portugal, compreendendo os institutos da *devassa*, *querela* e denúncia como forma de investigação vigentes.⁶ Em 1825, uma portaria de 04 de novembro instituiu o

5 LOPES JR., Aury; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Investigação preliminar no processo penal*. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 99-100.

6 ALMEIDA, Joaquim Canuto Mendes de. *Princípios fundamentais do processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973. p. 195-197.

cargo de Comissários de Polícia vinculado ao Intendente Geral de Polícia. Posteriormente, em 1841, com a Lei nº 261, criou-se a figura do chefe de polícia para o município da Corte e para cada província do Império, além dos cargos de Delegado de Polícia e Subdelegados, nomeados “dentre quaisquer juizes e cidadãos” pelo Imperador ou pelos Presidentes de cada província.⁷

A polícia judiciária da época era quase sempre exercida por magistrados togados, a quem competia não só a apuração das infrações penais, como também o processo e o julgamento dos “crimes de polícia”, concentrando funções judiciais e policiais.⁸ Foi apenas em 1871, a partir da Lei nº 2.033, de 20 de setembro (regulamentada pelo Decreto nº 4.824) que se procedeu oficialmente à separação das funções de polícia e judiciais, consagrando-se no ordenamento jurídico brasileiro, disposições sobre o Inquérito Policial. Desde meados do século XIX, portanto, esse instrumento possui papel protagonista na apuração de fatos delituosos no país.

Atualmente, o Código de Processo Penal de 1941 rotula a investigação preliminar de Inquérito Policial (inobstante não ser o único modelo de investigação no Brasil)⁹, cujo regramento está previsto entre os artigos 4º e 23º do Decreto-Lei nº 3.689, possuindo como objeto o fato noticiado, todas suas circunstanciais – motivos, objetivos, modo de execução, entre outros – e os sujeitos relacionados¹⁰. A finalidade precípua do inquérito policial, nas palavras de LOPES JR. e GLOECKNER, consiste no “fornecimento de elementos para decidir entre o processo ou o não processo, assim como servir de fundamento para as medidas endoprocementais que se façam necessárias no seu curso”¹¹.

No entanto, esse instrumento, de inspiração autoritária e com ranço medievalesco da inquisitorialidade¹², encontra-se em crise e demanda uma leitura crítica constitucional-garantista para adaptá-lo à realidade democrática do sistema processual penal eleito pela Constituição Federal de 1988.¹³ Nessa perspectiva,

7 PIERANGELLI, José Henrique. **Processo Penal: evolução histórica e fontes legislativas**. Bauru: Jalovi, 1983. p. 117.

8 ZACCARIOTTO, José Pedro. **A polícia judiciária no Estado Democrático de Direito**. São Paulo: Brazilian Books, 2005. p. 60.

9 Sobre os demais modelos de investigação preliminar previstos no Brasil, vide: GIACOMOLLI, Nereu José. **A fase preliminar do processo penal: crises, misérias e novas metodologias investigatórias**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 24-50.

10 GIACOMOLLI, Nereu José. **A fase preliminar do processo penal: crises, misérias e novas metodologias investigatórias**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 53.

11 LOPES JR., Aury; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Investigação preliminar no processo penal**. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 224.

12 TOVO, Paulo Cláudio. Democratização do Inquérito Policial. In: TOVO, Paulo Cláudio (Org.). **Estudos de Direito Processual Penal**, v. 2. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999. p. 206-207.

13 LOPES JR., Aury; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Investigação preliminar no processo penal**. 5. ed.

figura fundamental não só a imposição de freios e limites aos órgãos oficiais de investigação¹⁴, mas também o abandono do sujeito passivo – investigado – como mero “objeto” da investigação, para a consequente valorização do indivíduo a partir do respeito às garantias e princípios constitucionais.¹⁵

Frente a essa realidade, o defensor possui papel essencial e indisponível na tutela da dignidade da pessoa humana e no exercício da ampla defesa.¹⁶ Como figura indispensável à administração da justiça e peça essencial à defesa dos direitos fundamentais da pessoa, a importância social do advogado é reconhecida constitucionalmente no artigo 133 da Constituição Federal de 1988, consagrando-o como “indispensável à administração da justiça”.¹⁷ Para LOPES JR. e GLOECKNER, a defesa técnica, “mais do que uma garantia do sujeito passivo, é condição de paridade de armas, imprescindível para a concreta atuação do contraditório”.¹⁸

Apesar de na fase investigatória não haver muito espaço para a atuação da defesa técnica – em razão da própria limitação da defesa nesse procedimento inquisitório –, cingindo-se, no diploma processual penal de 1941, apenas à possibilidade de solicitação de diligências nos estritos limites do artigo 14 do CPP¹⁹, foi a partir da promulgação da Constituição Federal de 1988 que se fortaleceram as garantias ao exercício efetivo da atividade de defesa. Dentro desse marco constitucional, foi promulgada a Lei nº 8.906, de 4 de julho de 1994, conhecida como Estatuto da Advocacia, que além de disciplinar a atividade profissional do advogado, prescreve uma série de direitos e garantias do advogado, especialmente no artigo 7º.²⁰

Outro importante avanço na perspectiva de efetivação do direito de defesa na investigação preliminar brasileira resultou do reconhecimento pelo Supremo Tribunal Federal, nos autos do HC 82.354, de relatoria do Ministro Sepúlveda Pertence, do direito de o advogado ter acesso aos autos do inquérito policial.²¹

rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 223.

14 GIACOMOLLI, Nereu José. **A fase preliminar do processo penal: crises, misérias e novas metodologias investigatórias**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 57.

15 LOPES JR., Aury; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Investigação preliminar no processo penal**. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 223.

16 GIACOMOLLI, Nereu José. **O devido processo penal: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica**. 3 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2016. p. 152.

17 Art. 133. **O advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei.**

18 LOPES JR., Aury; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Investigação preliminar no processo penal**. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 473.

19 Art. 14. **O ofendido, ou seu representante legal, e o indiciado poderão requerer qualquer diligência, que será realizada, ou não, a juízo da autoridade.**

20 Art. 7º **São direitos do advogado:**

21 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 82354/PR, Relator(a): Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Primeira Turma, julgado em 10/08/2004, DJ 24-09-2004. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/>

Em decorrência dessa decisão, o STF editou a Súmula Vinculante nº 14, a garantir o acesso do advogado aos autos do inquérito policial.

Outrossim, no bojo da discussão inaugurada introduzida pela Constituição Federal sobre a possibilidade de maior atuação da defesa nos procedimentos administrativos e judiciais, foi instituída a obrigatoriedade da defesa técnica em benefício do colaborador em todos os atos da colaboração premiada pela Lei nº 12.850/2013. Segundo o parágrafo 15 do artigo 4º da “Lei das Organizações Criminosas”, é indispensável que o réu colaborador seja assistido por defensor em todos os atos de negociação, confirmação e execução da colaboração, o que constitui uma concretização da garantia da ampla defesa nesse procedimento.²²

Recentemente, a obrigatoriedade da defesa técnica e do acompanhamento do sujeito investigado por advogado na fase da investigação preliminar foi normatizada pela Lei nº 13.245/2016, que alterou os incisos XIV e XXI do artigo 7º do Estatuto da Advocacia (Lei 8.906/1994) e acrescentou os parágrafos 10, 11 e 12 ao aludido dispositivo. Segundo o inciso XXI do artigo 7º da legislação federal, é direito do advogado a plena assistência de seus clientes investigados no decorrer da investigação preliminar, “sob pena de nulidade absoluta do respectivo interrogatório ou depoimento e, subsequentemente, de todos os elementos investigatórios e probatórios dele decorrentes ou derivados, direta ou indiretamente”; podendo, inclusive, atuar ativamente durante a apuração das infrações mediante a apresentação de razões e quesitos, consoante reza a alínea “a” do dispositivo legal.²³

Na mesma toada, com o fito de expandir as formas de atuação do defensor na investigação preliminar, como corolário da adoção do contraditório e da ampla defesa em todo o procedimento criminal, o Projeto de Lei nº 8.045/2010 (antigo PLS 156/2009 do Senado Federal), atualmente em tramitação na Câmara dos Deputados, que pretende editar um novo Código de Processo Penal brasileiro, consigna expressamente a possibilidade do exercício ativo do defensor durante a investigação. O Projeto inova, inicialmente, ao prever um título específico ao gênero “Investigação Criminal” (Título II), em vez de rotular apenas um de seus instrumentos, o inquérito policial, como procedido pelo Código de

processos/detalhe.asp?incidente=2047334>. Acesso em: 29 nov. 2019.

22 § 15. Em todos os atos de negociação, confirmação e execução da colaboração, o colaborador deverá estar assistido por defensor.

23 XXI - assistir a seus clientes investigados durante a apuração de infrações, sob pena de nulidade absoluta do respectivo interrogatório ou depoimento e, subsequentemente, de todos os elementos investigatórios e probatórios dele decorrentes ou derivados, direta ou indiretamente, podendo, inclusive, no curso da respectiva apuração: a) apresentar razões e quesitos;

Processo Penal de 1940, conforme já abordado. Prescreve, o artigo 13º do PLS 8.045/2010 originário²⁴, a faculdade do investigado, através de seu advogado, defensor público ou outro mandatário, tomar a iniciativa de identificar fontes de prova em favor da defesa, podendo inclusive entrevistar pessoas²⁵. Importante salientar que a proposição ultrapassa a mera requisição de diligência prevista no vigente CPP/41, para permitir, expressamente, a possibilidade da defesa indicar fontes de prova favoráveis ao investigado e buscar elementos de provas de descargo em resistência à pretensão estatal investigatória e coercitiva.

Em paralelo às tendências de ampliação do espaço e papel do defensor na investigação preliminar levada a cabo pelas autoridades públicas, no dia 11 de dezembro de 2018, a Ordem dos Advogados do Brasil editou o Provimento nº 188, regulamentando a atividade de investigação preliminar criminal desenvolvida e conduzida por advogado. Apesar de não constituir um marco legal, o Provimento administrativo do Conselho Federal da OAB, conforme aduz BULHÕES, pretendeu “fixar parâmetros, valores, métodos e técnicas, sem, por outro lado, ditar pormenorizadamente como deve ser ou não ser a atuação profissional da advocacia investigativa”.²⁶ Trata-se, portanto, de um notável avanço acerca da atividade da advocacia e da defesa no exercício da função investigativa, permitindo que o investigado exerça maior intervenção nos estágios iniciais da persecução e alargando o papel de atuação na fase preliminar do processo penal.

2 A ATUAÇÃO ATIVA DO ADVOGADO PERANTE A INVESTIGAÇÃO CRIMINAL

A regulamentação da investigação defensiva pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil por meio do Provimento nº 188/18 constituiu um primeiro passo para sacramentar a participação do advogado no procedimento de investigação, assegurando-lhe prerrogativas quanto à prática de atos de natureza investigatória a fim de obter prova em favor da defesa do investigado. Entretanto, a postura defensiva durante a investigação criminal deve transcender a passividade

24 Art. 13. É facultado ao investigado, por meio de seu advogado, de defensor público ou de outros mandatários com poderes expressos, tomar a iniciativa de identificar fontes de prova em favor de sua defesa, podendo inclusive entrevistar pessoas.

25 A parte final do artigo 13º, que previa a possibilidade da entrevista de pessoas pelo defensor, foi recentemente suprimida do último substitutivo conforme parecer do Relator Deputado Federal João Campos na Comissão Especial Destinada a Proferir Parecer ao Projeto de Lei nº 8.045, de 2010, do Senado Federal, que trata do Código de Processo Penal, em 13 de junho de 2018, restando com a seguinte redação: Art. 13. É facultado ao investigado, por meio de seu advogado, defensor público ou de outros mandatários com poderes expressos, tomar a iniciativa de identificar fontes de prova em favor de sua defesa (Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1668776>. Acesso em: 29 nov. 2019).

26 BULHÕES, Gabriel. **Manual prático de investigação defensiva: um novo paradigma na advocacia criminal brasileira**. 1 ed. Florianópolis: EMais, 2019. p. 73.

de que parece lhe ser inerente, e atuar ativamente em prol do investigado²⁷, desde antes do início de eventual ação penal.

MORAIS DA ROSA e LOPES JR. analisam a importância da preocupação defensiva com o inquérito policial diante da possibilidade de decretação de medidas cautelares (de natureza real e também de natureza pessoal, variando da constrição patrimonial à prisão preventiva) e, para além disso, do impacto das provas colhidas durante a investigação criminal quando da decisão de mérito de eventual ação penal^{28,29}.

O fato de que o inquérito policial – e, via de regra, a investigação criminal como um todo – estar sujeito ao que se consignou chamar de *contraditório diferido*³⁰, essa relativização do direito processual insculpido no art. 5º, inc. LIV, da Constituição Federal não pode servir como justificativa ou pretexto para que o advogado deixe de atuar durante fundamental etapa do procedimento penal. Como bem leciona GIACOMOLLI, é impensável a supressão do direito de “poder participar, querer, ser ouvido e informado”³¹. Dessa forma, muito embora o contraditório diferido não torne obrigatório informar o investigado dos atos praticados, não há como impossibilitar a atuação defensiva, uma vez tomado conhecimento do que já foi praticado na investigação³².

-
- 27 GIACOMOLLI, Nereu José. **A fase preliminar do processo penal: crises, misérias e novas metodologias investigatórias**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 89: “É o defensor técnico quem tornará possíveis e necessárias as condições para transformar a realidade persecutória, objetivadora do sujeito investigado, situando-o no plano de membro de um corpo coletivo, cuja descaracterização individual atinge o todo. Há, nesta fase preliminar, uma importante identificação de fontes e meios de prova, inclusive irrepetíveis, o que torna imprescindível a atuação de defensor técnico”.
- 28 Nesse sentido, muito embora o art. 155 do Código de Processo Penal vede a formação da convicção do julgador togado tão somente com base em elementos probatórios oriundos da fase investigatória, é ingenuidade relativizar, como notam MORAIS DA ROSA e LOPES JR., o já conhecido *cotejo* entre as provas inquisitórias e as provas judiciais, de modo que o cuidado com a atuação do advogado durante o inquérito policial também se deve ao peso probatório que os resultados da investigação criminal apresentam posteriormente, na ação penal (LOPES JR., Aury; MORAIS DA ROSA, Alexandre. Investigação defensiva: poder-dever da advocacia e direito da cidadania. In: **Revista Consultor Jurídico**, 1º fev. 2019. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2019-fev-01/limite-penal-investigacao-defensiva-poder-dever-advocacia-direito-cidadania>. Acesso em 28 nov. 2019.)
- 29 LOPES JR., Aury; MORAIS DA ROSA, Alexandre. Investigação defensiva: poder-dever da advocacia e direito da cidadania. In: **Revista Consultor Jurídico**, 1º fev. 2019. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2019-fev-01/limite-penal-investigacao-defensiva-poder-dever-advocacia-direito-cidadania>. Acesso em 28 nov. 2019.
- 30 Cf. LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 16ª ed. São Paulo: Saraiva, 2019. p. 175/176, passim: “[...] em sentido estrito, não pode existir contraditório pleno no inquérito porque não existe uma relação jurídico-processual, não está presente a estrutura dialética que caracteriza o processo. Não há o exercício de uma pretensão acusatória. [...] Logo, o contraditório se manifesta – não na sua plenitude – no inquérito policial através da garantia de ‘acesso’ aos autos do inquérito e à luz do binômio publicidade-segredo [...]”.
- 31 GIACOMOLLI, Nereu José. **O Devido Processo Penal: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica**. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 163.
- 32 GIACOMOLLI, Nereu José. **A fase preliminar do processo penal: crises, misérias e novas metodologias investigatórias**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 89: “O contraditório não atinge a necessidade de dar ciência ao suspeito ou a seu advogado de todos os atos de investigação, mas, ciente destes, não há impeditivos para que exerça o direito de petição, rebatendo a necessidade da prática do ato ou mesmo questionando o seu conteúdo, que participe da oitiva das testemunhas e de suspeitos, que acompanhe a realização de perícias

Nesse sentido, evidente que o primeiro passo é requerer o acesso aos autos nos quais se encontra documentada a investigação criminal. Muito embora seja prevista a possibilidade de restrição à publicidade do procedimento investigatório em situações excepcionais³³, “[é] direito do defensor, no interesse do representado, ter acesso amplo aos elementos de prova que, já documentados em procedimento investigatório realizado por órgão com competência de polícia judiciária, digam respeito ao exercício do direito de defesa”, na forma da Súmula Vinculante nº 14 do Supremo Tribunal Federal.

O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul frequentemente reasenta tal posição, a partir da concessão de seguranças para garantir o acesso aos autos de inquérito policial³⁴. Mais do que isso, também não se pode olvidar que a superveniência da Lei nº 13.869/19 (Lei do Abuso de Autoridade) criminalizou a conduta de negar vista dos autos de qualquer tipo de investigação, obstruindo a atuação defensiva na fase de inquérito policial ou do procedimento investigatório em questão³⁵, tornando manifesta a necessidade de respeito do direito ao contraditório do investigado, na pessoa de seu defensor.

A previsão da possibilidade de requisitar diligências à autoridade policial vem insculpida no art. 14 do Código de Processo Penal, que também faculta a essa o indeferimento do pedido defensivo, a seu critério³⁶. Segundo GIACOMOLLI, as providências solicitadas pelo defensor ao órgão investigatório podem ter por fim “rebatêr determinado ato investigatório”, para influenciar as decisões a serem tomadas no curso do procedimento³⁷. Outrossim, deve o advogado atuar no sentido de entender as possíveis premissas das quais a autoridade policial pode partir para a construção do convencimento necessário para o indiciamento e, a

e demais atos de investigação, sempre, pelo sistema atual, a critério da autoridade conducente das investigações”.

- 33 No ponto, cf. LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 16ª ed. São Paulo: Saraiva, 2019. p. 177, que afirma que não há sigilo para o advogado na investigação criminal, uma vez que esse, na forma do art. 7º, § 1º e 2º. Da Lei nº 8.906/94, não pode ter negado o direito de vista dos autos, bem como de cópias ou apontamentos.
- 34 BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Mandado de segurança nº 70082568353. Impetrante: L.T.R. Coator: J.D.1.C.F.C.P.A. Relator: Des. Dálvio Leite Dias Teixeira. Porto Alegre, 25 set. 2019. Disponível em https://www.tjrs.jus.br/buscas/jurisprudencia/exibe_html.php. Acesso em 29 nov. 2019.
- 35 Art. 32. Negar ao interessado, seu defensor ou advogado acesso aos autos de investigação preliminar, ao termo circunstanciado, ao inquérito ou a qualquer outro procedimento investigatório de infração penal, civil ou administrativa, assim como impedir a obtenção de cópias, ressalvado o acesso a peças relativas a diligências em curso, ou que indiquem a realização de diligências futuras, cujo sigilo seja imprescindível: Pena - detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa.
- 36 Art. 14. O ofendido, ou seu representante legal, e o indiciado poderão requerer qualquer diligência, que será realizada, ou não, a juízo da autoridade.
- 37 GIACOMOLLI, Nereu José. **A fase preliminar do processo penal: crises, misérias e novas metodologias investigatórias**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 89.

partir dessas, diligenciar no sentido de construir um conjunto probatório apto a comprovar a inocência do investigado ou, no mínimo, suscitar a dúvida razoável na persuasão do investigador.

É justamente o acesso aos autos que permite a compreensão da dimensão do objeto da investigação. Dessarte, a partir do conhecimento dos autos, é incumbência do advogado analisar estrategicamente o estado da investigação criminal e, diante da moldura fática que lhe é apresentada, requerer as diligências cabíveis – que incluem, mas não se limitam a, postular a oitiva de testemunhas, apresentar memoriais por escrito à autoridade policial, convidar o cliente a prestar esclarecimentos perante o órgão investigatório e realizar eventual acareação entre diferentes provas dos autos, apontando as incongruências que enfraquecem a tese desfavorável ao cliente.

Assim, é evidente que se faz necessária a adoção de uma postura ativa pelo advogado no curso da investigação criminal, na medida em que deve haver uma visão crítica do inquérito policial para que, a partir da linha investigativa adotada pela autoridade responsável, sejam requeridas as diligências cabíveis e/ou apresentadas as provas já obtidas e disponíveis. Noutras palavras, o defensor precisa compreender que, em termos de estratégia no patrocínio dos interesses de seu cliente, não cabe a atuação passiva, que aguarda o deslinde da investigação e o início da ação penal para, só então, dar início à atividade probatória.

3 A EFETIVAÇÃO DAS PRERROGATIVAS DA ADVOCACIA COMO EXPOENTE DO DIREITO DE DEFESA NA INVESTIGAÇÃO CRIMINAL

A efetivação as prerrogativas da advocacia asseguram ao advogado o exercício do *mínus* público “indispensável à administração da justiça”, conforme art. 133 da CF/88, exigindo uma atuação voltada para a efetivação do direito de defesa em todas as áreas, especialmente criminal que trata da supressão de liberdades individuais. O exercício pleno da advocacia é necessário, em todos os seus atos, não sendo possível o defensor figurar como mero coadjuvante, apenas cumpridor de formalidades legais.

O advogado, como salienta LIMA, é “ator fundamental no acesso ao Poder Judiciário – enquanto instrumento do direito constitucional de petição e da consequente prestação jurisdicional (...)”, segue a autora afirmando que “o advogado tem papel essencial na efetivação do devido processo legal ao promover, com sua atuação técnica, a ampla defesa e o contraditório em favor dos sujeitos

processados”.³⁸ A efetivação das prerrogativas da advocacia refletem na defesa do constituinte desde a fase de investigação, e depois, com o oferecimento de acusação. Objetivamente, o que precisa ser compreendido é que a efetivação das prerrogativas da advocacia em qualquer fase processual tem uma intrínseca relação com o direito de defesa e contraditório, inclusive na investigação criminal.

FELDENS afirma que, num primeiro momento, pode parecer redundante que um direito deva ser garantido de modo efetivo, “mas apenas será se desconsiderarmos o abissal desnivelamento existente, em diversas situações, entre o reconhecimento normativo de um direito e o que seja sua plena e concreta realização”.³⁹ Nesta linha, demonstra a antítese da defesa efetiva com a chamada defesa restringida, defesa insuficiente e defesa abusiva. Sobre a defesa restringida, o autor afirma que “A defesa não se terá por efetiva se forem subtraídos do indivíduo quaisquer de suas oportunidades defensivas”.⁴⁰ Ou seja, qualquer ato que tenha por cunho suprimir oportunidades de defesa, implicará em restrição defensiva para o arguido.

Já com em relação a defesa deficiente, elenca duas situações que restringem o exercício da defesa efetiva, “seja pela existência de obstáculos criados pelo Estado ao exercício de qualquer uma das faculdades processuais inerentes à ampla defesa (defesa restrita)”⁴¹ ou “seja pela ausência de diligência funcional e de orientação técnica do defensor”.⁴²

No que tange à defesa abusiva, adverte o autor que a defesa jamais poderá ter “receio de desafiar a legalidade da ação estatal”,⁴³ tendo em vista o aparato apontado pelo Estado que busca e implementa esforços em confirmar a hipótese que embasou as medidas de persecução. Todavia, o que não se encaixa nesse

38 LIMA, Camile Eltz de. Gravações dos atendimentos de advogados aos presos em penitenciárias federais: da vigilância à criminalização da advocacia e do direito de defesa. In: CAVALCANTI, Fabiane da Rosa; FELDENS, Luciano; RUTTKE, Alberto (org). **Garantias Penais. Estudos alusivos aos 20 anos de docência do professor Alexandre Wunderlich**. Porto Alegre: Boutique Jurídica, 2019, p. 121

39 FELDENS, Luciano. O direito à defesa penal efetiva. In: CAVALCANTI, Fabiane da Rosa; FELDENS, Luciano; RUTTKE, Alberto (org). **Garantias Penais. Estudos alusivos aos 20 anos de docência do professor Alexandre Wunderlich**. Porto Alegre: Boutique Jurídica, 2019, p. 347

40 FELDENS, Luciano. O direito à defesa penal efetiva. In: CAVALCANTI, Fabiane da Rosa; FELDENS, Luciano; RUTTKE, Alberto (org). **Garantias Penais. Estudos alusivos aos 20 anos de docência do professor Alexandre Wunderlich**. Porto Alegre: Boutique Jurídica, 2019, p. 349

41 FELDENS, Luciano. O direito à defesa penal efetiva. In: CAVALCANTI, Fabiane da Rosa; FELDENS, Luciano; RUTTKE, Alberto (org). **Garantias Penais. Estudos alusivos aos 20 anos de docência do professor Alexandre Wunderlich**. Porto Alegre: Boutique Jurídica, 2019, p. 351

42 FELDENS, Luciano. O direito à defesa penal efetiva. In: CAVALCANTI, Fabiane da Rosa; FELDENS, Luciano; RUTTKE, Alberto (org). **Garantias Penais. Estudos alusivos aos 20 anos de docência do professor Alexandre Wunderlich**. Porto Alegre: Boutique Jurídica, 2019, p. 351

43 FELDENS, Luciano. O direito à defesa penal efetiva. In: CAVALCANTI, Fabiane da Rosa; FELDENS, Luciano; RUTTKE, Alberto (org). **Garantias Penais. Estudos alusivos aos 20 anos de docência do professor Alexandre Wunderlich**. Porto Alegre: Boutique Jurídica, 2019, p. 351

padrão de atuação – e portanto, nada tem a ver com a efetividade da defesa – é a ação do defensor que se vale de meios tipicamente ilícitos no alegado exercício (agora, sim, abusivo) de um direito.⁴⁴

A garantia da plenitude de defesa como sublinhado, possui relação direta com o direito à prova – mais especificamente, direito à prova legitimamente obtida ou produzida –, do qual emerge o fundamento prático do contraditório,⁴⁵ especialmente na fase pré processual. Obviamente que o acusado poderá ter interesse em provar, um direito de provar, mas não um dever, obrigação, encargo, ônus.⁴⁶ A efetivação das prerrogativas da advocacia possui correlação direta com o direito de defesa na investigação preliminar, ainda que permaneça a matriz inquisitório no inquérito policial.

Na atualidade, a presença do defensor deve ser concebida como um instrumento de controle da atuação do Estado e de seus órgãos no processo penal, garantindo o respeito à lei e à justiça⁴⁷. Aduz FERNANDES que ocorreu uma evolução visando assegurar o exercício da defesa, inclusive com alterações no Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil, que prevê, no art. 7º, XIV, o direito de o advogado “examinar em qualquer repartição policial, mesmo sem procuração, autos de flagrante e de inquérito, findos ou em andamento, ainda que conclusos à autoridade, podendo copiar peças e tomar apontamentos” e edição da Súmula Vinculante nº 14, assegurando o acesso do advogado aos elementos obtidos no inquérito Policial.⁴⁸

Pode-se afirmar, portanto, que a efetiva garantia do exercício pleno das prerrogativas garante o exercício da ampla defesa por meio da defesa técnica, da defesa efetiva como verdadeiro baluarte da Constituição Federal.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A investigação preliminar criminal tratada com indiferença e desinteresse acadêmico, conforme já advertia FERRAJOLI,⁴⁹ possui como principal ins-

44 FELDENS, Luciano. O direito à defesa penal efetiva. In: CAVALCANTI, Fabiane da Rosa; FELDENS, Luciano; RUTKE, Alberto (org). **Garantias Penais. Estudos alusivos aos 20 anos de docência do professor Alexandre Wunderlich**. Porto Alegre: Boutique Jurídica, 2019, p. 352

45 MARTINETTO, V. **Contradditorio (principio del)**, p. 459 apud TUCCI, Rogério Cruz e; TUCCI, Rogério Lauria. Constituição de 1988 e Processo. São Paulo: Saraiva, 1989.

46 TUCCI, Rogério Cruz e; TUCCI, Rogério Lauria. Constituição de 1988 e Processo. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 97

47 LOPES Jr., Aury; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Investigação Preliminar no Processo Penal**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 478.

48 FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo Penal Constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 270.

49 FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y Razón**. Madri: Trotta, 1989. p. 767.

trumento, no Brasil, o inquérito policial, de matriz notadamente inquisitorial e autoritária, que atravessa uma crise e demanda leitura crítica à luz da ordem Constitucional vigente. Os princípios e garantias de valorização do indivíduo instituídos pela Constituição Federal de 1988 exigem o abandono da concepção do sujeito investigado como mero objeto das autoridades públicas e da investigação,⁵⁰ para adaptar os mecanismos encontrados na fase preliminar do processo penal à realidade contemporânea e ao paradigma constitucional de processo penal.⁵¹

Partindo-se da previsão constitucional de indispensabilidade do advogado à administração da justiça, prevista no artigo 133 da Constituição Federal, percebeu-se um desenvolvimento, ainda que incipiente, do arcabouço normativo brasileiro no sentido de incrementar o papel do defensor na fase investigatória, como papel essencial e indisponível ao exercício da ampla defesa. Nesse diapasão, a Lei nº 8.906/1994 (Estatuto da Advocacia), com as alterações introduzidas pela Lei nº 13.245/2016, positivou uma série de direitos do advogado, dentre os quais, o de prestar plena assistência aos sujeitos investigados no decorrer da fase administrativa, prevendo, também, a atuação ativa durante a apuração das infrações penais. Seguindo a mesma lógica, o projeto de novo Código de Processo Penal, atualmente tramitando perante a Câmara dos Deputados, estabelece expressamente, dentre o título destinado à investigação preliminar, a possibilidade do defensor tomar a iniciativa na indicação de meios de prova em benefício do investigado, buscando eliminar a lógica puramente inquisitiva e de interesse unilateral à formação da acusação.

Muito embora a doutrina e jurisprudência relativizem e interpretem restritivamente a garantia ao contraditório na investigação preliminar, deve-se caminhar para uma maior eficácia das garantias constitucionais da ampla defesa e do contraditório, respeitando-se minimamente o prescrito no artigo 5º, LV, da Constituição Federal. Aliás, faz-se mister uma atuação ativa do advogado além da compreensão ampla da dimensão do objeto investigado, garantido através da Súmula Vinculante nº 14 do STF, requerendo diligências como a oitiva de pessoas, apresentação de memoriais escritos, realização de acareações, entre outras que permitam ao investigado um maior exercício nos estágios iniciais da persecução. Nessa linha de raciocínio, a possibilidade de o defensor também buscar, de forma

50 LOPES JR., Aury; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Investigação preliminar no processo penal**. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 223.

51 GIACOMOLLI, Nereu José. **A fase preliminar do processo penal: crises, misérias e novas metodologias investigatórias**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 7-8.

autônoma e independente da autoridade judicial, meios de prova e elementos informativos para incorporá-los ao procedimento administrativo possibilitará o exercício efetivo das prerrogativas constitucionais defensivas, potencializando a plenitude de defesa.⁵²

Nitidamente, do que se depreende do presente articulado, a efetivação das prerrogativas da advocacia no inquérito policial tem como consequência a confirmação de uma defesa efetiva ainda no inquérito policial, que notadamente é marcado pela ausência de defesa e contraditório. Constituindo mecanismos intrínsecos ao direito de defesa, conforme leciona BERTOLUCI, as prerrogativas do advogado mostram-se indispensáveis ao desenvolvimento da justiça, na medida em que atua como interlocutor do Estado Democrático de Direito.⁵³ Mais do que respeito as prerrogativas dos profissionais, advogados e defensores públicos, o Estado, por meio dos diversos órgãos encarregados da *persecutio criminis*, tem a obrigação legal de assegurar a defesa efetiva em todas as fases do expediente criminal, desde a *noticia criminis*, até formação da acusação.

Em tempos bicudos, de supressão de garantias sociais, aumento da repressão estatal, inclusive com a inclusão de novas tecnologias e meios de obtenção de prova, é imperioso que as prerrogativas da advocacia sejam maximizadas a fim de garantir a defesa efetiva dos investigados.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALMEIDA, Joaquim Canuto Mendes de. **Princípios fundamentais do processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973.
- BERTOLUCI, Marcelo. **A imunidade material do advogado como corolário dos direitos da cidadania**. 2018. 248 f. Tese (Doutorado em Ciências Criminais) – Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2018.
- BULHÕES, Gabriel. **Manual prático de investigação defensiva: um novo paradigma na advocacia criminal brasileira**. 1 ed. Florianópolis: EMais, 2019.
- FELDENS, Luciano. O direito à defesa penal efetiva. In: CAVALCANTI, Fabiane da Rosa; FELDENS, Luciano; RUTTKE, Alberto (org). **Garantias Penais. Estudos alusivos aos 20 anos de docência do professor Alexandre Wunderlich**. Porto Alegre: Boutique Jurídica, 2019.
- FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo Penal Constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.
- FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y Razón**. Madri: Trotta, 1989.

52 GIACOMOLLI, Nereu José. **A fase preliminar do processo penal: crises, misérias e novas metodologias investigatórias**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 48.

53 BERTOLUCI, Marcelo. **A imunidade material do advogado como corolário dos direitos da cidadania**. 2018. 248 f. Tese (Doutorado em Ciências Criminais) – Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2018. p. 174.

GIACOMOLLI, Nereu José. **A fase preliminar do processo penal: crises, misérias e novas metodologias investigatórias**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

GIACOMOLLI, Nereu José. **O devido processo penal: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica**. 3 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2016.

GOLDSCHMIDT, James Paul. **Problemas Jurídicos y Políticos del Proceso Penal**. Barcelona: Bosch, 1935.

LIMA, Camile Eltz de. Gravações dos atendimentos de advogados aos presos em penitenciárias federais: da vigilância à criminalização da advocacia e do direito de defesa. In: CAVALCANTI, Fabiane da Rosa; FELDENS, Luciano; RUTTKE, Alberto (org). **Garantias Penais. Estudos alusivos aos 20 anos de docência do professor Alexandre Wunderlich**. Porto Alegre: Boutique Jurídica, 2019.

LOPES JR., Aury; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Investigação preliminar no processo penal**. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2013.

LOPES JR., Aury; MORAIS DA ROSA, Alexandre. Investigação defensiva: poder-dever da advocacia e direito da cidadania. In: **Revista Consultor Jurídico**, 1º fev. 2019. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2019-fev-01/limite-penal-investigacao-defensiva-poder-dever-advocacia-direito-cidadania>. Acesso em 28 nov. 2019.

LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 16ª ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

MARTINETTO, V. **Contradditorio (principio del)**, p. 459 apud TUCCI, Rogério Cruz e; TUCCI, Rogério Lauria. Constituição de 1988 e Processo. São Paulo: Saraiva, 1989.

PIERANGELLI, José Henrique. **Processo Penal: evolução histórica e fontes legislativas**. Bauru: Jalovi, 1983.

TOVO, Paulo Cláudio. Democratização do Inquérito Policial. In: TOVO, Paulo Cláudio (Org.). **Estudos de Direito Processual Penal**, v. 2. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

TUCCI, Rogério Cruz e; TUCCI, Rogério Lauria. Constituição de 1988 e Processo. São Paulo: Saraiva, 1989.

ZACCARIOTTO, José Pedro. **A polícia judiciária no Estado Democrático de Direito**. São Paulo: Brazilian Books, 2005.

JUSTIÇA CRIMINAL NEGOCIAL E “PLEA BARGAINING”: A FRAGILIZAÇÃO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL E A PRIMAZIA INQUISITÓRIA DA LÓGICA NEOLIBERAL EFI- CIENTISTA

PLEA BARGAINING AND NEGOTIATION IN CRIMINAL JUSTICE: THE WEAKNESS OF DUE PROCESS OF LAW AND THE INQUISITORY PRECEDENCE OF THE NEOLI- BERAL EFFICIENTIST RATIONALITY

Marcelo Herval Macêdo Ribeiro¹

RESUMO: O presente trabalho objetiva avaliar o impacto dos mecanismos de justiça consensual no ordenamento jurídico pátrio, particularmente na sistemática processual penal. Pressupondo que a Constituição da República albergou uma série de garantias limitadoras do poder punitivo do Estado, pretende-se aqui examinar o tensionamento engendrado a partir emergência dos mecanismos de negociação em face da epistemologia garantista sufragada pela CRFB/88. Almeja-se demonstrar que os instrumentos negociais hoje positivados — bem como as atuais propostas de ampliação dos espaços de consenso — representam potenciais prejuízos à efetiva tutela dos direitos e garantias individuais, haja vista que, sustentados fundamentalmente numa lógica utilitária e efficientista, os referidos mecanismos propugnarão o discurso de que as limitações ao poder punitivo constituem obstáculos à concretização de uma política criminal eficiente, empreendendo, assim, projetos com vistas à flexibilização dessas garantias.

PALAVRAS-CHAVE: Negociação processual penal; Garantismo; Efficientismo.

ABSTRACT: This paper aims to evaluate the impact of consensual justice mechanisms on the national legal system, particularly

¹ Graduado em Direito pelo Centro Universitário Tiradentes (UNIT/AL). Pesquisador vinculado ao CNPq. Membro do Fórum Popular de Segurança Pública do Nordeste (FPSP/NE). Membro do Grupo de Pesquisa Biopolítica e Processo Penal. Advogado.

on the criminal procedural system. Assuming that the Constitution of the Republic has housed a series of limiting guarantees of the punitive power of the State, the intention here is to examine the tension generated from the emergence of negotiation mechanisms in the face of the guarantee epistemology normatized by CRFB/ 88. The aim is to demonstrate that the current negotiated instruments - as well as the current proposals for expanding consensus spaces - represent potential damages to the effective protection of individual rights and guarantees, given that, based on a utilitarian and efficient logic, these mechanisms will advocate the discourse that limitations on punitive power are obstacles to the realization of an efficient criminal policy, thus undertaking projects aimed at making these guarantees more flexible.

KEY-WORDS: Criminal procedural negotiation; Guaranteeism; Efficiency.

INTRODUÇÃO

A aplicação de uma sanção penal pressupõe, como fundamento ontológico de legitimidade, a necessária existência de uma norma penal prévia — a qual, de um lado, disporá acerca de condutas abstratas violadoras a bens juridicamente relevantes e, de outro lado, cominará a respectiva sanção àqueles que eventualmente praticarem as preceituadas condutas delituosas. Trata-se, com efeito, de materialização do princípio constitucional da legalidade, expresso pelo brocardo latino “*nullum crimen, nulla poena sine lege*”, segundo o qual “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”.

O princípio da legalidade — neste caso, nomeadamente o da legalidade penal — constitui uma das mais significativas conquistas civilizatórias modernas.² Com o advento do Estado Moderno de Direito, em especial a partir da Revolução Francesa de 1789, passou-se a preconizar que somente a lei positivada seria capaz de conferir legitimidade à atuação estatal. Nesse sentido, a punição a quem rompesse com a ordem social estaria inexoravelmente dependente da

2 Juarez Cirino dos Santos assevera que “o princípio da legalidade é o mais importante instrumento constitucional de proteção individual no moderno Estado Democrático de Direito porque proíbe (a) a retroatividade como criminalização ou agravamento da pena de fato anterior, (b) o costume como fundamento ou agravamento de crimes e penas, (c) a analogia como método de criminalização ou de punição de condutas, e (d) a indeterminação dos tipos legais e das sanções penais (art. 5º, XXXIX, CR). O significado político do princípio da legalidade é expresso nas fórmulas *de lex praevia, de lex scripta, de lex stricta e de lex certa*, incidentes sobre os crimes, as penas e as medidas de segurança da legislação penal”. (CIRINO DOS SANTOS, 2002, p. 20).

existência de uma lei anterior, por meio da qual se estabeleceriam as possíveis consequências a incidir sobre o sujeito que violara o pacto vigente.

Com a instituição desse princípio, o que se almejava, em última análise, era a limitação do poder punitivo do Estado em face das frequentes arbitrariedades praticadas sob a égide do absolutismo³. De fato, na era absolutista, o poder estatal se legitimava a partir da própria soberania exercida pela (e personificada na) figura do monarca, revelando-se despidiendas quaisquer justificativas racionais a limitar o exercício desse poder, na medida em que preponderavam argumentos de natureza fundamentalmente religiosa⁴.

Não obstante, se é lícito afirmar que não há pena sem prévia cominação legal — o que significa dizer que a aplicação da pena impõe a existência de uma lei penal anterior — pode-se igualmente dizer que não há pena sem a existência de um devido processo legal. Conforme estatui a Constituição Federal em seu artigo 5º, dispositivo que trata dos direitos e garantias individuais, a privação da liberdade ou de bens somente se procede mediante um devido processo legal, em que seja possível assegurar o contraditório e a ampla defesa, “com os meios e recursos a ela inerentes”.

Em outras palavras, a aplicação de uma pena exige, como requisito inafastável de legitimidade, a devida observância de um processo legal, na qual se assegure àquele sujeito passível de sofrer as consequências de uma sanção uma série de garantias fundamentais, como o contraditório, a ampla defesa, o juiz natural, a imparcialidade, a presunção de inocência, entre outros. Assim, é possível afirmar que pena e processo são dois institutos que caminham umbilicalmente unidos, na medida em que o primeiro somente se legitima a partir da existência (devida) do segundo, de modo que se pode assentar, com precisão, que não basta ter um processo: *é preciso que se tenha um processo devido*.

Nas linhas seguintes, serão analisados os dois elementos conformadores do sistema epistemológico garantista, assim como examinadas algumas garantias

3 Discorrendo acerca dos fundamentos que culminaram com a defesa do primado da legalidade, Pavón afirma que “num primeiro momento [...] se concebeu [a legalidade] como uma garantia de segurança jurídica frente ao poder absoluto do soberano [...] mediante leis certas, o cidadão poderia saber o que estaria proibido ou permitido, adequando sua conduta àquele conhecimento (...) o fundamento do princípio da legalidade consiste na proteção da liberdade individual frente à arbitrariedade; trata-se de instrumentalizar um sistema penal a fim de evitar a arbitrariedade do Estado.” (PAVON, 2004, tradução nossa).

4 A respeito dos fundamentos que legitimavam discursivamente as práticas absolutistas, Marcos Antônio Lopes esclarece que: “No século XVII, época do triunfo incontestável dos reis absolutistas, o ato de governar se revestia de uma natureza sacramental. [...] todo monarca, independentemente de seu valor pessoal e da qualidade de sua administração, era concebido como uma figura sagrada. Bossuet (1627-1704), um dos mais representativos ideólogos do poder régio por direito divino, dizia que [...] a soberania do príncipe era de uma evidência incontestável, porque ele seria sempre a representação simbólica da paternidade divina.” (LOPES, 2010, p. 216).

responsáveis por constituir o devido processo legal, as quais, em última análise, representam “verdadeiros escudos protetores contra o (ab)uso do poder estatal” (LOPES JR, 2017, p. 57).

1 A EPISTEMOLOGIA GARANTISTA: O CONVENCIONALISMO PENAL E O COGNITIVISMO PROCESSUAL

Luigi Ferrajoli, distinto jurista italiano, a quem se atribui o mérito por proceder a uma das mais apuradas elaborações teóricas relativamente à ciência do direito — em especial (mas não só) nas disciplinas de direito penal e direito processual penal —, sustenta, em sua obra magna “Direito e Razão”⁵, a existência de uma epistemologia garantista⁶ erigida a partir da coexistência de dois elementos estruturantes: o convencionalismo penal e o cognitivismo processual. Com efeito, é justamente a partir da confluência desses dois elementos (notadamente o segundo) que derivam as garantias constitutivas do devido processo legal.

Pelo convencionalismo penal, tem-se que somente o delito formalmente descrito em um tipo legal pode vir a ser penalizado, desde que efetivamente comprovada a prática da conduta delituosa prevista em abstrato. Trata-se de manifestação do princípio da legalidade, “dirigida a excluir, conquanto arbitrárias e discriminatórias, as convenções penais referidas não a fatos, mas diretamente a pessoas e, portanto, com caráter ‘constitutivo’ e não ‘regulamentar’ daquilo que é punível” (FERRAJOLI, 2002, p. 31).

Nesse diapasão, afirma FERRAJOLI (ibidem, p. 31, grifos nossos) que o sentido e o alcance garantista do convencionalismo penal reside precisamente nesta concepção, ao mesmo tempo nominalista e empírica do desvio punível, que remete às únicas ações taxativamente indicadas pela lei, dela excluindo qualquer configuração ontológica ou, em todo caso, extralegal. *Auctoritas, non veritas facit legem* é a máxima que expressa este fundamento convencionalista do direito penal moderno e por sua vez do princípio constitutivo do positivismo jurídico: *o que confere relevância penal a um fenômeno não é a verdade, a justiça, a moral, nem a*

5 É nesta obra que Ferrajoli exporá os princípios que constituem o garantismo penal. Segundo Livia Almeida LAMAS (2010, p.31), “o modelo penal garantista é uma construção de Luigi Ferrajoli a partir de uma profunda revisão crítica do chamado modelo penal garantista clássico, de matriz ilustrada. Percorrendo não apenas as bases epistemológicas do modelo clássico, mas também seus fundamentos axiológicos externos (critérios de justificação ético-política) e internos (jurídicos), o autor visa alcançar um modelo penal que permita fundamentalmente legitimar ou deslegitimar os sistemas jurídico-penais concretos ou mesmo determinados institutos penais e processuais-penais, de acordo com os parâmetros do Estado Constitucional de Direito”.

6 A epistemologia garantista é responsável por estruturar um sistema de garantias penais, que, em sentido lato, corresponde a 10 (dez) princípios ou axiomas fundamentais. Por questões didáticas, decidiu-se separar os referidos axiomas em dois grupos: um grupo relativo às garantias penais em sentido estrito (que dizem respeito à dogmática penal material), atinentes aos questionamentos sobre “quando e como punir e quando e como proibir”, e outro grupo concernentes às garantias processuais, que mais se aproximam da dogmática penal processual, foco do presente estudo, que se relacionam às questões sobre “quando e como julgar”.

natureza, mas somente o que, com autoridade, diz a lei.

A partir desse primeiro elemento, é possível extrair um conjunto de princípios que consubstanciarão o sistema de garantias penais em sentido estrito, representados por questionamentos atinentes a quando e como punir (garantias relativas à pena) e quando e como proibir (garantias relativas ao delito). São eles: 1) princípio da legalidade; 2) princípio da retributividade; 3) princípio da necessidade; 4) princípio da lesividade; 5) princípio da materialidade e 6) princípio da culpabilidade.

Por outro lado, o cognitivismo processual⁷ impõe que a pena decorrente da prática de um delito somente se materialize a partir de um raciocínio gnosiológico (cognitivo) conduzido no bojo de *um processo judicial*. Em outras palavras,

o pressuposto da pena deve ser a comissão de um fato univocamente descrito e indicado como delito não apenas pela lei mas também pela hipótese da acusação, de modo que resulte suscetível de prova ou de confrontação judicial, segundo a fórmula *nulla poena et nulla culpa sine iudicio* (ibid, p. 32).

Assim, e conforme já explicitado no item anterior, a pena somente poderá ser considerada legítima quando aplicada no curso de um processo penal jurisdicionalizado, em que

a determinação do fato configurado na lei como delito tem o caráter de um procedimento probatório do tipo indutivo, que, tanto quanto possível, exclui as valorações e admite só, ou predominantemente, afirmações ou negações — de fato ou de direito — das quais sejam predicáveis a verdade ou a falsidade processual (ibid, p. 32).

Sem embargos, é necessário salientar que, malgrado cada elemento epistemológico mais se aproxime de uma perspectiva dogmática (enquanto o convencionalismo se identifica com a dogmática penal, o cognitivismo mais se aproxima da dogmática processual), o sistema de garantias (em sentido amplo) somente pode ser compreendido a partir de uma análise simultânea e recíproca.

De fato, não haveria que se falar em garantias materiais (como a sujeição à legalidade, por exemplo) se o julgador aplicasse uma pena à minguada existência de um processo (ou, ainda que existente, fosse este indevido). Da mesma forma, não se poderia imaginar a efetivação de uma certa garantia processual (como a jurisdicionalidade) se o indivíduo fosse julgado por um crime não previsto em lei,

⁷ A partir do cognitivismo processual, é possível depreender quatro outros axiomas, que, somados àqueles extraídos do convencionalismo penal, conformam o modelo epistemológico garantista. São eles: 1) princípio da jurisdicionalidade; 2) princípio acusatório (ou separação entre juiz e acusação); 3) princípio do ônus da prova; 4) princípio do contraditório.

ou sancionado a uma pena superior à legalmente autorizada.

O que se observa, com efeito, é um “nexo estrutural e funcional” entre os diferentes elementos da epistemologia garantista, porquanto somente se pode admitir a estrutura de um processo penal se este existir para julgar crimes previstos em lei, da mesma forma que apenas é possível aplicar uma sanção penal mediante o (devido) funcionamento de um processo.

Feitas as considerações acima, convém agora analisar o complexo de garantias que constituem parâmetros limitadores⁸ (e, por tal razão, legitimadores) da aplicação do poder de punir do Estado, as quais se consubstanciam na cláusula constitucional do *due process of law* ou devido processo legal.

2 AS GARANTIAS CONSTITUTIVAS DO DEVIDO PROCESSO LEGAL E A POTENCIAL FRAGILIZAÇÃO DA EPISTEMOLOGIA GARANTISTA EM VIRTUDE DA EXPANSÃO DOS ESPAÇOS DE CONSENSO

2.1 A JURISDICIONALIDADE OU A NECESSIDADE DE SUBMISSÃO À JURISDIÇÃO

A primeira (e quiçá mais importante) garantia constitutiva de um legítimo processo penal, da qual derivam todas as demais, é a jurisdicionalidade (jurisdicionariedade ou princípio da submissão à jurisdição), representada pela fórmula *nulla poena, nulla culpa sine iudicio*.

Conforme preleciona Ferrajoli, é possível compreender esta garantia a partir de duas perspectivas, que, embora distintas, revelam-se inextricavelmente complementares: a primeira diz respeito à jurisdicionariedade em sentido lato, segundo a qual os pressupostos do delito — tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade — devem ser evidenciados por meio de um expediente jurisdicionalizado — vale dizer, a partir de um processo penal; a segunda, relativa à jurisdicionariedade em sentido estrito, preconiza que a cognição (raciocínio) judicial deve se encontrar amparada em premissas limitadoras, “submetendo as hipóteses acusatórias à prova e refutação” (FERRAJOLI, 2002, p. 441).

Além disso, para que esta garantia se efetive, não basta simplesmente a figura de um juiz, mero condutor de um processo. É preciso, com efeito, que esse

8 BOSCHI (2006, p. 233) aponta, com acerto, que “o devido processo legal exerce a extraordinária função de limitar, de um lado, o legislador, na produção da norma penal e, de outro, o julgador, na sua aplicação ao caso concreto”.

juiz seja “imparcial, natural e comprometido com a máxima eficácia da própria Constituição” (LOPES JR, 2017, p. 58). Por tal razão, pode-se afirmar que a materialização do princípio da jurisdicionalidade (especialmente em seu viés estrito) depende da observância de outras garantias dele derivadas⁹, as que se pretende doravante examinar.

2.2 A SEPARAÇÃO ENTRE JUIZ E ACUSAÇÃO, O SISTEMA PROCESSUAL ACUSATÓRIO E A MATRIZ INQUISITIVA DOS INSTITUTOS NEGOCIAIS

A segunda garantia que consubstancia o devido processo legal (e que deriva fundamentalmente do princípio da jurisdicionalidade) é a separação entre juiz e acusação. Característica primordial de um processo penal democrático, trata-se de elemento essencial — embora não exclusivamente¹⁰ — de uma estrutura epistêmica acusatória, responsável por assegurar o legítimo desenvolvimento do raciocínio judicial, porquanto instituidor das condições necessárias à materialização das garantias fundamentais do contraditório, imparcialidade e ampla defesa.

Verdadeiramente, observa-se que é apenas na sistemática processual acusatória, em que se promove uma cristalina separação entre as distintas atividades dos atores processuais, e, mais do que isso, na qual a carga probatória recai exclusivamente sobre a acusação (e não resta avocada pelo juiz), que se afigura possível efetivar a imparcialidade¹¹. Por reclamar do julgador uma postura passiva, alheia e desinteressada, esse sistema permite o afastamento ante as contaminações cognitivas típicas de um sistema inquisitivo, como o surgimento de quadro mentais paranoicos e a prevalência das hipóteses sobre os fatos (CORDERO, 1986, p.

9 Em relação às garantias derivadas do princípio da jurisdicionalidade, Ferrajoli subdivide-as em dois conjuntos. O primeiro conjunto diz respeito às garantias orgânicas, relativas à formação do juiz, no qual estão inseridas “a independência, a imparcialidade, a responsabilidade, a separação entre juiz e acusação, o juiz natural, a obrigatoriedade da ação penal e outras”; o segundo conjunto refere-se às garantias procedimentais, relativas à formação do juízo (ou cognição), em que se incluem “a contestação de uma acusação exatamente determinada, o ônus da prova, o contraditório, a modalidade dos interrogatórios e dos outros atos instrutórios, a publicidade, a oralidade, os direitos da defesa, a motivação dos atos judiciais e outros”. Sem embargos, calha salientar que os dois aludidos conjuntos guardam consigo “conexões lógicas e funcionais”, que serão responsáveis por ora conformar uma episteme acusatória, ora estruturar um modelo inquisitório.

10 LOPES JR. (2017, p. 64) adverte, com elogiável lucidez, que “é insuficiente pensar que o sistema acusatório se funda a partir da separação inicial das atividades de acusar e julgar. Isso é um reducionismo que desconsidera a complexa fenomenologia do processo penal. *De nada basta uma separação inicial, com Ministério Público formulando a acusação, se depois, ao longo do procedimento, permitirmos que o juiz assumo um papel ativo na busca da prova ou mesmo na prática de atos tipicamente da parte acusadora*”.

Por tal motivo, sustenta-se que além de uma simples cisão entre as atividades de acusar e julgar, a sistemática acusatória reclama o necessário monopólio da gestão probatória a cargo do órgão acusador, como mecanismo essencial apto a evitar os equívocos cognitivos próprios de um sistema inquisitório, como se verá mais adiante.

11 “A imparcialidade é garantida pelo modelo acusatório e sacrificada no sistema inquisitório, de modo que somente haverá condições de possibilidade de imparcialidade quando existir, além da separação inicial das funções de acusar e julgar, um afastamento do juiz da atividade investigatória/instrutória” (ibidem, p. 63).

51-52).

Nessa esteira, discorre Ferrajoli que:

[...] pode-se chamar acusatório todo sistema processual que tem o juiz como um sujeito passivo rigidamente separado das partes e o julgamento como um debate paritário, iniciado pela acusação, à qual compete o ônus da prova, desenvolvida com a defesa mediante um contraditório público e oral e solucionado pelo juiz, com base em sua livre convicção. Inversamente, chamarei inquisitório todo sistema processual em que o juiz procede de ofício à procura, à colheita e à avaliação das provas, produzindo um julgamento após uma instrução escrita e secreta, na qual são excluídos ou limitados o contraditório e os direitos da defesa. (FERRAJOLI, 2002, p. 452).

De fato, no modelo inquisitivo, antipodal à sistemática acusatória, é possível verificar uma “aglutinação de funções na mão do juiz e atribuição de poderes instrutórios ao julgador, senhor soberano do processo”, não havendo “estrutura dialética e tampouco contraditória”, assim como inexistente a “imparcialidade, pois uma mesma pessoa (juiz-ator) busca a prova (iniciativa de gestão) e decide a partir da prova que ela mesma produziu” (LOPES JR., 2017, p. 42).

Nesse sentido, Salo de Carvalho aduz que a máquina inquisitiva se caracteriza ontologicamente “pela exclusão do contraditório, pela ausência de ampla defesa e pela inversão da presunção de inocência” (CARVALHO, 2015, p 141). Ademais, com supedâneo no magistério de Franco Cordero, assevera ainda o autor que “pode-se identificar o estilo inquisitorial a partir de duas constatações: a) sobrevalorização da imputação em relação à prova, configurando o primado das hipóteses sobre os fatos; e b) a conversão do processo em psicoscopia, ao estabelecer rito fatigante e isento de forma” (ibidem).

Imperioso salientar que a tendência contemporânea de expansão dos espaços de consenso no processo penal, objeto do presente trabalho, revela-se essencialmente deletéria na medida em que possibilita flexibilizações a garantias fundamentais (e, por tal razão, não sujeitas à relativização) constitutivas de um sistema processual acusatório. O que se verifica, nesse sentido, é que institutos negociais — como a barganha penal — enfraquecem a posição do acusado como sujeito de direitos, deslocando-o à mera posição de objeto de intervenção, aproximando-se, por conseguinte, do modelo autoritário inquisitorial.

Como afirma SCHÜNEMANN (2017, p. 192),

com o *plea bargaining* vem a ser aniquilada uma das maiores conquistas evolutivas do processo penal reformado na Europa: a posição de sujeito de direito do acusado. Afinal, o *plea bargaining* ocorre de um modo geral sem a presença do

próprio acusado, que nesse sentido acaba sendo completamente mediatizado por seu advogado.

No mesmo sentido, observa IGNACIO ANITUA que os mecanismos de justiça consensual materializam os dois principais fundamentos do modelo inquisitivo — a saber, o segredo e a confissão, de sorte que “apesar de ser realmente uma ‘importação’ de um sistema com tradição histórica voltada ao modelo processual acusatória, não é em vão a comparação realizada por muitos autores deste mecanismo com as técnicas mais tradicionais do sistema inquisitivo” (ANITUA, 2017, p. 367).

Isso ocorre, segundo o autor, porquanto

ao se buscar a confissão, se valida esta como *probatio probatissima*, substituindo a atividade probatório. Isto é a base do sistema inquisitivo. Significa um retorno ao sistema inquisitivo se quem pactua é o Estado, que coage o imputado com uma ameaça penal maior para que este colabore evitando o julgamento em contraditório (...) O caráter inquisitivo do juízo abreviado verifica a intenção de condenar sobre a base da confissão obtida coativamente (ibidem, p. 369).

Com efeito, as propostas de expansão dos espaços de consenso previstas no Projeto de Reforma do Código de Processo Penal (PL 8.045/2010), nomeadamente aquelas normatizadas no Capítulo III (artigos 308 *et. seq.*), preceituam que a formalização do acordo penal condicionar-se-á à “confissão em relação aos fatos imputados na peça acusatória”, exigindo ainda o dispositivo que o acusado expressamente manifeste desejo de dispensa da produção probatória, com vistas a suprimir, por conseguinte, a fase instrutória, tornando mais célere a resolução do caso submetido à apreciação jurisdicional.

Não obstante, um dos maiores problemas observados relativamente ao supracitado comando normativo diz respeito ao fato de que, por supor o término sumário do julgamento mediante a supressão da audiência de instrução, esse mecanismo impossibilita o escorreito desenvolvimento da dialética processual e, por conseguinte, viola o imperativo de que o pronunciamento judicial seja perfilhado por elementos probatórios confiáveis. O que ocorre, nesse sentido, é a primazia dos elementos de informação coligidos na investigação preliminar (unilateral, discricionária e, geralmente, sigilosa), resultando, assim, num processo fundamentalmente inquisitório.

É por este motivo que SCHÜNNEMAN (op. cit., p. 242), debruçando-se acerca do aparente paradoxo existente entre o modelo processual penal historicamente adversarial — como aquele tradicionalmente atribuído aos países anglo-

-saxônicos —, por um lado, e a resignificação inquisitiva verificada na aplicação prática dos mecanismos de consenso, por outro lado, assevera que “neste sistema, por trás do disfarce do procedimento do tribunal do júri, deságua na prática em nada mais, nada menos, do que no velho modelo do processo inquisitorial”. Isso acontece, explica o autor, na medida em que os dispositivos negociais — notadamente o *plea bargaining* — resultaram

em uma radical revolução no processo penal: a audiência de instrução e julgamento fora amplamente abolida e substituída por um *guilty plea* do acusado, que dele é praticamente comprado através de uma suposta diminuição da pena [...] Neste ponto faz-se notória uma outra debilidade do tribunal do júri. Este, por conta de seus inconvenientes e suas complicações, exigiu do ponto de vista da práxis uma correção. O fato de que esta correção conduziria de um modo geral a uma vasta abolição da audiência de instrução e julgamento resultou no seguinte paradoxo: o modelo processual adversarial [...] não mais conseguia responder às exigências da práxis [...] *originando-se um resultado absolutamente oposto ao almejado, qual seja, a ampla extinção da audiência de instrução e julgamento através da aceitação do resultado da investigação preliminar por meio de um mero plea bargaining* (ibidem, p. 254, grifossos).

Saliente-se, por oportuno, que os efeitos deletérios concitados em função da primazia conferida às declarações autoincriminatórias, em especial a coercibilidade ínsita aos expedientes negociais, bem como a problemática concernente aos prejuízos decorrentes da supressão da fase processual instrutória, serão mais detidamente analisadas no tópico relativo à presunção de inocência.

2.3 A OBRIGATORIEDADE DA AÇÃO PENAL

O princípio da obrigatoriedade consiste em premissa lógica da ação penal pública e importa na condição de que, uma vez satisfeitos os requisitos autorizadores da instauração do processo (*fumus comissi delicti*, punibilidade concreta, legitimidade de parte e justa causa), deve o órgão ministerial, sem espaço de discricionariedade, oferecer a ação penal visando à apuração do pretense fato delituoso. Trata-se de princípio que deriva da própria natureza pública do processo e que, assim como a garantia anteriormente analisada, tem sua origem na cláusula de reserva à jurisdição.¹²

O fundamento teleológico que subjaz a existência deste imperativo corres-

12 “A obrigatoriedade da ação penal é só um aspecto ou, se quisermos, um corolário de outras essenciais características estruturais do sistema garantista (...) Com a afirmação do caráter público do direito penal (...) também a acusação perdeu progressivamente sua natureza privada originária e assumiu natureza e modalidade inteiramente públicas (...) com a instituição, ao lado dos órgãos judicantes, de um acusador ou Ministério Público”. (FERRAJOLI, 2002, p. 455 *et seq.*)

ponde à necessidade de materializar os fins abstratos que justificam a aplicação da sanção penal, transmitindo à sociedade a mensagem de que condutas desviantes são efetivamente passíveis de responsabilização. Nessa toada, costuma a doutrina afirmar que o princípio da obrigatoriedade coincide com a legalidade¹³, uma vez que impõe ao órgão acusador o ônus inalienável de buscar efetivar — quando preenchidos os requisitos acima mencionados — as prescrições legalmente previstas.

Decorre desta garantia outro princípio de igual relevo, qual seja, a indisponibilidade (ou irrevogabilidade), uma vez que “não apenas está o Ministério Público obrigado a denunciar (ou pedir o arquivamento), senão que, uma vez iniciado o processo, não pode ele desistir, dispor da ação penal” (LOPES JR., 2017, p. 201). De fato, nenhum sentido faria se o órgão ministerial estivesse vinculado à propositura da ação penal e, no curso do processo, manifestasse vontade em dela desistir.¹⁴

Em contraposição à obrigatoriedade, tem-se o princípio da oportunidade, norteador das ações penais de natureza privada, cuja principal característica diz respeito à faculdade que se apresenta à vítima em oferecer (ou não) a ação penal, pois o que se observa aqui, antes de uma obrigação, é um direito do ofendido em analisar “a conveniência de submeter seu caso penal ao processo, ponderando as vantagens e desvantagens” (ibidem p. 201).

Não obstante se tratar de princípio típico das ações penais de natureza privada, o que se tem constatado em tempos hodiernos é uma crescente ampliação dos espaços de discricionariedade (oportunidade) também às ações penais de natureza pública. A Lei nº 9.099/95 (Lei dos Juizados Especiais), por exemplo, expandiu as referidas hipóteses aos delitos de menor potencial ofensivo: estando preenchidos os requisitos legais¹⁵, poderá¹⁶ o Ministério Público apresentar

13 “Conforme posição majoritária, o princípio da legalidade no processo penal corresponde à obrigatoriedade da persecução punitiva, ou, nas palavras de Jacinto Coutinho, ‘é praxe ser tratado (o princípio da obrigatoriedade) por princípio da legalidade, em face de fundar um dever do órgão oficial de acusação’ [...] Há um dever de acusação decorrente da lei que se impõe quando houver indícios de materialidade e autoria suficientes da ocorrência de uma infração penal, o que não pode ser influenciado ou renunciado por razões discricionárias ou por motivos alheios à simples averiguação da existência ou não do crime a partir das provas obtidas.” (VASCONCELLOS, 2015, p. 181).

14 O referido princípio encontra-se positivado no artigo 42 do Código de Processo Penal, cuja redação legal assim preceitua: “O Ministério Público não poderá desistir da ação penal.”

15 Os requisitos legais autorizadores da transação penal estão dispostos no artigo 76 da Lei nº 9.099/95.

16 Em que pese o artigo 76 da Lei do Juizados Especiais estatuir que o Ministério Público “poderá propor” transação penal — o que, à primeira vista, conduziria ao raciocínio de que se trata de mera faculdade/liberalidade do órgão acusador —, preconiza respeitável doutrina que a transação penal consiste, na verdade, em direito público subjetivo do suposto autor do fato. Nesse sentido, tem sido comum a afirmação de que a discricionariedade percebida nesse instituto seria “regrada” — isto é, delimitada pela lei —, uma vez que, estando satisfeitos os requisitos legais, não poderia o *Parquet* furtar-se do dever de apresentar a proposta. Todavia, cumpre mencionar que a jurisprudência pátria ainda não pacificou entendimento a respeito da matéria, não sendo escassas

proposta de transação penal, deixando por conseguinte, caso aceito o acordo, de oferecer denúncia em desfavor do indiciado, mesmo se tratando de suposto delito cuja natureza da ação seja pública.

Nesse mesmo sentido, o instituto da colaboração premiada, recepcionado no ordenamento pátrio por meio da Lei nº 12.850/2013, estabelece um espaço relativamente amplo de discricionariedade, na qual se confere à parte acusadora a possibilidade de oferecer uma série de benefícios penais e/ou processuais ao acusado que tenha contribuído eficazmente com a persecução penal¹⁷. Esses benefícios podem consistir em perdão judicial, redução da pena em até dois terços, substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, redução da pena até metade ou progressão de regime (nestes dois últimos casos, quando a colaboração houver ocorrido em sede de execução penal), assim como o não oferecimento da denúncia.

Aplicado em casos paradigmáticos (notadamente no âmbito da Operação Lava-Jato), o instituto em comento não se afigurou indene de críticas. Com efeito, respeitável setor doutrinário tem sustentado as aporias concernentes ao emprego desse mecanismo no ordenamento jurídico brasileiro. Entre outras razões, tem-se ventilado as numerosas lacunas observadas no diploma legal, o que termina por atribuir indevidamente ao Poder Judiciário a competência de suprir as deficiências legislativas; ausência de regular controle judicial, ensejando acordos que exorbitam os limites da lei¹⁸; excessiva concessão de poder ao órgão acusador, desequilibrando o jogo processual (paridade de armas) e fragilizando o Estado Democrático de Direito¹⁹; acordos prevendo aplicações de penas (inclusive privativas de liberdade) a despeito da inexistência de processo e, portanto, à míngua da

as decisões, inclusive de Tribunais Superiores, que reconhecem ser faculdade do órgão acusador oferecer ou não o benefício.

17 Nos termos do aludido diploma legal, considera-se eficaz a colaboração que tenha oportunizado um (ou mais de um) dos seguintes resultados: “a identificação dos demais coautores e partícipes da organização criminosa e das infrações penais por eles praticadas; a revelação da estrutura hierárquica e da divisão de tarefas da organização criminosa; a prevenção de infrações penais decorrentes das atividades da organização criminosa; a recuperação total ou parcial do produto ou do proveito das infrações penais praticadas pela organização criminosa; a localização de eventual vítima com a sua integridade física preservada.”

18 Alexandre MORAIS DA ROSA e Aury LOPES JR. (2018, p. 27) aludem a uma sentença penal condenatória prolatada no âmbito da operação Lava Jato, em que o sujeito fora condenado a 15 anos e 10 meses de prisão a ser cumprida em “regime de reclusão doméstica”, ao que, passado algum tempo, progrediria ao regime “semiaberto diferenciado” e, finalmente, depois de dois anos, a regime aberto. Evidentemente, esse sistema atípico de cumprimento de pena não encontra amparo no diploma que recepcionou o instituto da colaboração, representando, portanto, indevida “execução penal *à la carte*”.

19 Como aponta Rosmar ALENCAR (2018, p. 431 *et seq.*), “a acusação de setor doutrinário prestigiado é a de que os órgãos envolvidos na persecução penal têm incidido em exercício de poder que não lhes foi sufragado pela ordem jurídica brasileira vigente. Como consequência, o Estado Democrático de Direito estaria fragilizado. O assunto tomou maior repercussão em razão do uso reiterado do instituto ‘delação premiada’ e da sua divulgação instantânea pelos meios de comunicação (grande imprensa – *trial by media* – e redes sociais), tendo, como temática, o discurso de combate à corrupção.”

observância das garantias constitutivas do devido processo legal.

De fato, tanto a transação penal quanto a colaboração premiada evidenciam a tendência hodierna de expansão do princípio da oportunidade aos delitos de ação penal pública. Conforme aponta Vasconcellos, “os mecanismos consensuais se instrumentalizam na seara processual a partir de critérios de oportunidade, ou seja, para que se efetive a decisão tomada impõe-se que o órgão acusador deixe de sustentar a persecução penal até seu desfecho habitual” (VASCONCELLOS, 2015, p. 53) . Nesse mesmo sentido, DIEGO DÍEZ (1999, p. 191) afirma que “naturalmente, existe uma íntima relação entre oportunidade e consenso, visto que a forma de se efetivar as soluções consentidas com relação ao tratamento penal do réu não é outra que o uso da oportunidade”.

Sem embargos, faz-se imperioso destacar que a referida tendência consiste em expediente sobremaneira problemático, na medida em que favorece relativizações a garantias fundamentais previstas em lei e exteriorizadas a partir de um processo penal. Nos tópicos seguintes, analisar-se-ão outras duas garantias que conferem legitimidade à cognição jurisdicional e constituem elementos inarredáveis de um devido processo penal.

2.4 A PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

Incluída no rol de garantias responsáveis por estruturar um sistema processual legítimo, a presunção de inocência se caracteriza indiscutivelmente como uma das mais importantes ferramentas dispostas ao indivíduo face às consequências decorrentes de eventual sujeição ao poder estatal. Tamanha é sua relevância que Amilton Bueno de Carvalho alude ao fato de que “o princípio da presunção de inocência não precisa estar positivado em lugar nenhum: é pressuposto, neste momento histórico, da condição humana” (CARVALHO, 2001, p. 51).

Sem embargos, a Carta Cidadã Brasileira, erigida no bojo do movimento neoconstitucionalista, reconheceu a importância de que o princípio em comento se reveste, preconizando, em seu artigo 5º, inciso LVII, que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória”. Nesse mesmo sentido, a Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH ou “Pacto San José da Costa Rica”), recepcionada no ordenamento pátrio com *status* de norma supralegal, dispôs em seu artigo 8, alusivo às garantias judiciais, que “toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa”.

Trata-se, com efeito, de princípio reitor do processo democrático, a partir do qual é possível extrair três significados distintos, não obstante sejam entre si complementares. São eles: *presunção como norma de tratamento, norma probatória e norma de juízo* (MORAES, 2010, p. 424-476).

O primeiro desses sentidos diz respeito a uma *norma (ou dever) de tratamento*, que incide tanto na dimensão interna quanto externa ao processo. Nesse viés, a garantia de inocência impõe, de um lado, que o réu seja tratado, no curso do processo, como inocente, de tal sorte que a determinação de medidas constritivas (como as prisões cautelares, *e.g.*) deva sobrevir apenas em casos excepcionalíssimos, quando presentes motivos aptos a justificar o édito acautelatório²⁰. Por outro lado, impõe-se também que o réu seja protegido face à indevida publicização precoce do processo penal, evitando-se a “abusiva exploração midiática em torno do fato criminoso” (LOPES JR., 2017, p. 97) e o “bizarro espetáculo montado pelo julgamento midiático” (*ibidem*).

Além disso, infere-se da *presunção de inocência* uma *norma probatória*, apresentando-se como exigência de que os instrumentos de prova trazidos à baila sejam efetivamente lícitos, vale dizer, produzidos em conformidade com os ditames constitucionais e legais. Nesse sentido, se alguma das partes por ventura trazer ao processo informação obtida a partir de recursos espúrios — como a tortura, por exemplo — imperioso será concluir pela inadmissibilidade²¹ da eventual informação obtida como argumento idôneo a fundamentar uma hipotética decisão condenatória.

Por essa razão, afirmam Lopes Jr. e Gloeckner que “a prova a ser produzida pela acusação não pode ser qualquer prova, mas deve ser lícitamente obtida [...] na dúvida sobre a licitude da produção probatória, deve a prova ser excluída” (LOPES JR.; GLOECKNER, 2014, p. 78). Outrossim, não se revela suficiente que o “Ministério Público tenha a carga processual de provar as imputações alegadas contra o réu e que tenha procedido de forma lícita. É necessário que tal prova seja incriminadora, isto é, forte o bastante para se determinar, com precisão, materialidade e autoria do crime” (*ibidem*).

Finalmente, é possível extrair da *presunção de inocência* uma *norma de*

20 A constrição cautelar da liberdade individual exige, necessariamente, a presença de dois requisitos essenciais, sem os quais não há se cogitar em cerceamento provisório. São eles: o *fumus comissi delicti* (que se traduz em prova da materialidade do crime e indícios suficientes de autoria) e o *periculum libertatis* (representado pelo provável prejuízo que o estado de liberdade pode ensejar em relação à ordem pública, à ordem econômica, à instrução criminal ou à aplicação da lei penal).

21 A propósito, estatui o artigo 156 do Código de Processo Penal: “são inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais”.

juízo (ou regra de julgamento). Nessa acepção, preconiza-se que o raciocínio judicial levado a cabo pelo julgador deve perfilhar uma pré-ocupação (MARTINS, 2011, p. 11) ou predisposição cognitiva face à inocência do acusado. Enquanto o Ministério Público não houver logrado demonstrar cabalmente a existência do crime e a correspondente autoria delitiva — pois, repise-se, a carga da prova na sistemática acusatória é atribuição exclusiva do acusador — deve o magistrado considerar que aquele submetido ao processo penal é inocente, decidindo, caso findada a instrução, pela absolvição do réu.²²

Não obstante ser princípio orientativo do sistema processual acusatório e democrático, o que se tem observado na contemporaneidade é uma lastimável inclinação direcionada ao esvaziamento do postulado constitucional da presunção de inocência. Pode-se mencionar, a propósito, a decisão exarada pela Suprema Corte no julgamento do Habeas Corpus nº 126.292/SP, em que se admitiu o cumprimento imediato de pena após condenação em segunda instância, malgrado a inexistência de trânsito em julgado. Nesse mesmo sentido, as hipóteses que versam acerca da expansão da justiça negocial representam potenciais prejuízos à tutela da inocência, especialmente em razão dos mecanismos coercitivos inerentes àqueles institutos.

Em 1985, por exemplo, seis indivíduos foram acusados do estupro e assassinato de Helen Wilson, residente de Beatrice, pacata cidade em Nebraska (EUA), no que ficou conhecido como “*The Beatrice Six*”. Dos seis réus, cinco alegaram ser culpados (*plead guilty*), confessando a prática do crime, uma vez que se condenados pelo Júri, poderiam ser sentenciados à pena de morte. No entanto, em 2008, o único réu que não havia se declarado culpado, conseguiu direito à realização de novo teste de DNA em evidências preservadas da cena do crime, ao que ficou comprovado que nenhum dos seis havia participado do delito. Segundo os testes realizados, o assassino, na verdade, era Bruce Allen Smith, residente temporário daquela cidade, que havia morrido em 1992. *Dentre os cinco réus que haviam aceito o acordo de barganha, mesmo sendo efetivamente inocentes, três testemunharam contra Joseph White em troca de benefícios na condenação. Ao todo, os seis acusados cumpriram 70 anos de prisão.*

Com efeito, ao se proceder às negociações, costuma-se oferecer ao acusado duas alternativas: ou ele aceita a proposta de acordo, declarando-se culpado e renunciando ao direito de ter um devido processo legal, tudo em troca de uma

22 Nesse sentido, é lícito afirmar, com supedâneo no magistério de LOPES JR., (2017, p. 97), que a presunção de inocência opera como um imperativo de que “a absolvição seja o critério pragmático de resolução da dúvida judicial, através do *in dubio pro reo*”.

sanção mais leniente, ou ele recusa o acordo e se sujeita ao risco de ter de cumprir, caso condenado, uma pena muito mais gravosa do que aquela que lhe seria imposta caso aceitasse a proposta. Isso possibilita, segundo VASCONCELLOS (2015, p. 172), a superveniência de “condenações que seriam inviáveis em julgamento em conformidade com o devido processo penal”, na medida em que a coerção exercida sobre acusado é tamanha que lhe faz consentir com a concretização antecipada do poder punitivo estatal, mesmo — não raras vezes — não sendo ele o efetivo autor das alegadas condutas delituosas.

2.5 O DIREITO À (AMPLA) DEFESA E A GARANTIA DO CONTRADITÓRIO

Conforme assinalado no início deste trabalho, o direito à (ampla) defesa e a garantia do contraditório representam princípios constitutivos do devido processo legal, cuja elevada importância justificou a expressa inclusão deles no rol de direitos e garantias individuais previstos na Constituição Federal²³.

Em primeiro lugar, cumpre esclarecer que, a despeito de possuírem significados semelhantes, os dois princípios se identificam com esferas protetivas diferentes. Em que pese essa distinção — de natureza precipuamente teórica —, é possível observar entre eles uma íntima relação de reciprocidade.

Com efeito, pode-se compreender o contraditório, de um lado, como *direito à informação*, relacionando-se à imprescindibilidade de que seja oportunizado às partes o conhecimento a respeito de todos os elementos fáticos e jurídicos atinentes ao caso penal em análise. De outro lado, esse princípio se manifesta como *direito à reação*, na medida em que não basta simplesmente estabelecer as condições para que as partes conheçam o processo: é necessário que elas possam, de maneira efetiva, em posição de igualdade, influenciar a formação do convencimento do julgador²⁴.

O direito à ampla defesa, por sua vez, exsurge a partir do imperativo de que o réu possa conhecer o processo e nele efetivamente atuar (ou reagir). Contudo, diferentemente do contraditório — que incide tanto em favor da acusação quanto do acusado —, a ampla defesa se destina fundamentalmente a este último, materializando-se em duas dimensões: defesa técnica e defesa pessoal.

23 Artigo 5º, inciso LV, Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

24 Nesse sentido, afirma Lopes Jr., com arrimo nos ensinamentos de Elio Fazzalari, que o contraditório “deve ser visto em duas dimensões: no primeiro momento, é o direito à informação (conhecimento); no segundo, é a efetiva e igualitária participação das partes. É a igualdade de armas, de oportunidades” (LOPES JR., 2017, p. 98).

Num primeiro momento, como *defesa técnica*, este princípio pressupõe “a existência de uma pessoa com conhecimentos teóricos do Direito, um profissional, que será tratado como advogado de defesa, defensor ou simplesmente advogado” (LOPES JR., 2017, p. 98). Nessa toada, afigura-se mister garantir ao acusado a assistência jurídica de um profissional que detenha vasto conhecimento técnico, suficiente para enfrentar, de maneira paritária, as hipóteses acusatórias ventiladas pelo querelante ou pelo Ministério Público.

O fundamento deste princípio, segundo preleciona Lopes Jr., decorre da “exigência de equilíbrio funcional entre defesa e acusação e também de uma acertada presunção de hipossuficiência do sujeito passivo, de que ele não tem conhecimentos necessários e suficientes para resistir à pretensão estatal, em igualdade de condições com o acusador” (LOPES JR., 2017, p. 98). Nesse diapasão, presume-se que o réu, isoladamente, não possui condições de combater, de maneira igualitária, as acusações que lhe recaiam, exigindo-se, portanto, a assistência de um profissional especializado que satisfaça essa lacuna.

Em função da natureza pública que perpassa a dimensão principiológica em comento, sustenta a doutrina — sendo pacificamente acompanhada pela jurisprudência²⁵ — que a defesa técnica consiste em garantia indisponível. Com efeito, além de se apresentar como instrumento protetivo individual do sujeito passivo, é possível observar um interesse social (ou metaindividual) de que o caso penal seja corretamente apurado, evitando que pessoas inocentes sejam injustamente submetidas a uma sanção penal. Por tal razão, não se faculta ao réu, a pretexto de “simplificar” ou “baratear” o processo, que renuncie à defesa técnica, de modo que, não podendo arcar com os custos advindos de um patrocínio jurídico, deve o Estado fornecer-lhe assistência gratuita e efetiva²⁶.

Noutro viés, extrai-se da ampla defesa um postulado de *defesa pessoal* (ou autodefesa), representado pela faculdade que se apresenta ao acusado de atuar “pessoalmente, defendendo a si mesmo como indivíduo singular, fazendo valer seu critério individual e seu interesse privado” (ibidem p. 101). Distintamente da

25 Nesse sentido, enuncia 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”.

26 A Constituição Federal de 1988, de cariz notadamente democrático e cidadão, instituiu um órgão público – Defensoria Pública – cujo objetivo primordial consiste em prestar assistência jurídica gratuita a quem não dispuser de condições econômicas suficientes para arcar com os custos advindos de um patrocínio privado. Nesse sentido, preconiza o artigo 5º, inciso LXXIV: “o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos”. Igualmente, artigo 134, *caput*: “A Defensoria Pública é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbendo-lhe, como expressão e instrumento do regime democrático, fundamentalmente, a orientação jurídica, a promoção dos direitos humanos e a defesa, em todos os graus, judicial e extrajudicial, dos direitos individuais e coletivos, de forma integral e gratuita, aos necessitados, na forma do inciso LXXIV do art. 5º desta Constituição Federal” (grifos nossos).

dimensão antes analisada, a autodefesa se afigura como garantia renunciável, remetendo-se ao “âmbito de conveniência do réu, que pode optar por permanecer inerte, invocando, inclusive, o silêncio” (TAÁVORA; ALENCAR, 2017, p. 77).

Questão assaz problemática diz respeito à (indevida) importação dos instrumentos de justiça negocial ante o ordenamento jurídico pátrio. De fato, os acordos processuais realizados entre acusação e defesa pressupõem, a partir de uma subvertida lógica eficientista, a simplificação do procedimento que normalmente deveria ser observado caso nenhum acordo sobreviesse.

Nessa senda, Bernd Schünemann, importante jurista alemão, ao discorrer acerca dos motivos que justificam a crescente tendência de importação dos institutos norte-americanos à realidade penal latina, *afirma que é precisamente a simplificação (e consequente aceleração) procedimental a razão que subjaz a hodierna “marcha triunfal do modelo norte-americano do processo penal”*. Segundo esclarece o autor:

Acredito (o que à primeira vista parece paradoxal) estarem estes motivos ancorados exatamente nas suas debilidades, nos seus déficits em relação aos mandames do estado de direito, pois que neste modelo, por trás da reluzente fachada de um modelo ideal – o adversarial –, para mais de 90% dos casos vige algo bem diverso: uma prática de sentenciamento acelerado, levada a cabo pelos órgãos de investigação sem qualquer controle judicial sério. Não é sua conformidade com os valores do estado de direito, mas são pelo contrário suas debilidades, que fazem hoje em dia o sistema norte-americano parecer tão atraente para os órgãos de persecução penal europeus e para a legislação por estes influenciada (SCHÜNEMANN, 2013, p. 242).

Essa simplificação acarreta, dentre outras consequências, a renúncia (não raras vezes involuntária, em razão dos intensos mecanismos coercitivos que circundam os expedientes negociais) do direito fundamental de defesa do acusado. Com efeito, para que os pretensos benefícios decorrentes do acordo possam incidir, o réu precisa declaradamente renunciar ao seu direito de defesa, abdicando, por conseguinte, da possibilidade de produzir provas e, em última análise, assentindo com o completo esvaziamento do mais importante instrumento de defesa do indivíduo em face do poder estatal, garantidor de um processo efetivamente justo e democrático e conformador de uma episteme processual fundamentalmente garantista e acusatória — o devido processo legal.

3 NOTAS CONCLUSIVAS

A partir das reflexões desenvolvidas neste trabalho, resta agora possível

concluir que:

1. A Constituição da República Federativa do Brasil perfillhou uma série de garantias limitadoras do exercício do poder punitivo do Estado. Essas garantias encontram-se consubstanciadas na cláusula constitucional do devido processo legal e exigem, à efetiva e legítima a aplicação de uma pena, que o conjunto normativo limitador do poder punitivo seja rigorosamente observado.
2. A partir da cláusula do devido processo legal, é possível extrair um conjunto de normas responsáveis por constituir o sistema epistemológico garantista. Essas normas se materializam destacadamente no princípio da jurisdicionalidade; no princípio acusatório (separação entre as atividades jurisdicionais e acusatórias); na obrigatoriedade da ação penal; na presunção de inocência; no direito à ampla defesa; e no direito ao contraditório.
3. Os mecanismos de justiça negocial são instrumentos jurídicos que visam essencialmente à simplificação do procedimento penal, com vistas a torná-lo supostamente mais efetivo. Sucede que, a pretexto de simplificar o caminho necessário à aplicação de uma pena, os referidos institutos terminam por relativizar (ou, em casos mais extremos, suprimir) garantias fundamentais, as quais, por força de sua natureza constitucional, deveriam ser compreendidas como absolutamente insuscetíveis a medidas que importassem na diminuição de sua carga axiológico-normativa.
4. Nesse diapasão, percebeu-se que os instrumentos negociais ensejam, primeiramente, o esvaziamento teleológico da garantia da jurisdicionalidade (mormente em seu sentido estrito), na medida em que permitem a aplicação de uma pena a despeito da inexistência de um processo penal devidamente instruído.
5. Além disso, verificou-se que os instrumentos consensuais promovem relativização à obrigatoriedade da ação penal, uma vez que os acordos processuais reclamam a abertura de um espaço de discricionariedade (ainda que limitada em Lei) por meio da qual se apresenta à acusação a possibilidade de não oferecimento da denúncia ainda que os requisitos determinantes da instauração do processo estejam presentes. Isso se torna sobremaneira problemático ao oportunizar ao órgão acusador o exercício de um juízo incondicional ou ilimitado (e por isso mesmo

arbitrário) relativamente à necessidade da propositura do acordo, o que contraria, ademais da obrigatoriedade da ação penal, os princípios da legalidade e igualdade.

6. Outrossim, foi possível constatar que os mecanismos de justiça negocial se afiguram potencialmente prejudiciais à tutela do princípio da presunção de inocência. Isso ocorre, em primeiro lugar, em razão do inegável contexto de coercibilidade social e jurídica que circunda a propositura do acordo, responsável por conduzir pessoas inocentes a declararem-se culpadas devido ao receio de serem mais severamente punidas.
7. Além disso, verificou-se frontal prejuízo à tutela da inocência em sua perspectiva *probatória*, uma vez que, havendo supressão da fase instrutória-processual — assim como dos direitos a ela correlatos (como a ampla defesa e o contraditório) —, não se queda possível confrontar a conformidade dos elementos informativos em relação às normas procedimentais a eles previstas.
8. Finalmente, é também possível depreender dos mecanismos negociais um gravoso e inadmissível fortalecimento de uma estrutura processual inquisitória.
9. Nesse sentido, considerando que os mecanismos negociais se fundamentam nos dois elementos mais determinantes da estrutura processual inquisitória — quais sejam, o segredo (em razão da prevalência do inquérito e dos atos de investigação) e a confissão (devido à destacada importância conferida às declarações autoincriminatórias) —, conclui-se que os instrumentos de justiça consensual têm o condão de proceder ao reforço de um processo penal cuja *práxis* já se revela lastimavelmente contaminada por práticas autoritárias.
10. Por todo o exposto, é possível concluir que os mecanismos de justiça negocial representam potenciais obstáculos à efetiva tutela dos direitos e garantias fundamentais. Nesse contexto, tem-se que, caso efetivamente recepcionados no ordenamento jurídico pátrio, as propostas hodiernas de ampliação dos espaços de consenso poderão agravar um sistema jurídico já muito calejado por uma mentalidade punitivista, que se manifesta a partir de práticas inquisitórias deletérias à Constituição da República e ao Estado Democrático de Direito.

REFERÊNCIAS

- ALENCAR, Rosmar Anttoni Rodrigues Cavalcanti. Limites Jurídicos Da Delação Premiada E A Necessidade De Controle Recursal Contra A Sentença Homologatória. **Revista Parahyba Judiciária**, v. 11, 2018, p. 413-439. Disponível em: <https://jfpe.gov.br/images/stories/docs_pdf/biblioteca/artigos_periodicos/RosmarAnttoniRodriguesCdeAlencar/Limites_parahyba_judiciaria_n11_2018.pdf>. Acesso em 16 de março de 2019.
- ANITUA, Gabriel Ignacio. A importação de mecanismos consensuais do processo estadunidense nas reformas processuais latino-americanas. **Sistemas Processuais Penais**. Ricardo Jacobsen Gloeckner (org.). Florianópolis: Empório do Direito, 2017.
- BOSCHI, José Antonio Paganella. **O devido processo legal: escudo de proteção do acusado e a praxis pretoriana**. Revista Brasileira de Ciências Criminais, vol. 58/2006, p. 232 a 279, Jan/Fev 2006.
- CARVALHO, Amilton Bueno de. **Lei, para que(m)? Escritos de Direito e Processo Penal em homenagem ao Professor Paulo Cláudio Tovo**. Alexandre Wunderlich (Coord.). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.
- CARVALHO, Salo de. **Antimanual de Criminologia**. 6ª Ed, São Paulo. Saraiva, 2015.
- CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **Direito Penal Parte Geral**. 5ª ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2002.
- CORDERO, Franco. **Guida allá procedura penale**. Torino: UTET, 1986.
- FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: teoria do garantismo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Autoritarismo e Processo penal: uma genealogia das ideias autoritárias no processo penal brasileiro**. Florianópolis: Empório do Direito, 2018.
- GRINOVER, Ada Pellegrini et al. **As nulidades no Processo Penal**. 2ª Ed. São Paulo: Malheiros, 1992.
- LAMAS, Livia Paula de Almeida. **Aplicação da pena nos Estados Democráticos de Direito à Luz do garantismo: aspectos polêmicos do Código Penal brasileiro**. 2010. 101 f. Dissertação de Mestrado. PUC-RIO. Rio de Janeiro, 2010.
- LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 14ª Ed, São Paulo: Saraiva, 2017.
- LOPES JR., Aury. **Fundamentos do Processo Penal: introdução crítica**. 4ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2018.
- LOPES JR., Aury; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Investigação preliminar no Processo Penal**. 6ª Ed, São Paulo: Saraiva. 2014.
- LOPES, Marcos Antônio. De Deus ao Rei: O direito sagrado do mando (implicações teológico-religiosas na teoria política moderna). **Sínteses**, n. 118, 2010, p. 216 *et seq.* Disponível em<<http://www.faje.edu.br/periodicos/index.php/Sintese/article/view/848/1277>>. Acesso em 23 de março de 2019.
- MARTINS, Rui Cunha. **O ponto cego do Direito: The Brazilian Lessons**. 2ª Ed, Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2011.
- MORAES, Maurício Zanoide de. **Presunção de Inocência no Processo Penal Brasileiro: Análise de sua Estrutura Normativa para a Elaboração Legislativa e para a Decisão Judicial**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
- MORAIS DA ROSA, Alexandre. LOPES JR., Aury. Com delação premiada e pena negociada, Direito Penal também é lavado a Jato. **Delação premiada no limite: a controvérsia justiça negocial made in Brazil**. Florianópolis: EMais, 2018.

PAVÓN, Pilar Gomes. *Cuestiones Actuales Del Derecho Penal Económico: El Principio De Legalidad Y Las Remisiones Normativas*. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, vol. 48. São Paulo: Revista dos Tribunais, mai./jun., 2004, p. 108 a 163.

SCHÜNEMANN, Bernd. Do templo ao mercado? **Sistemas Processuais Penais**. Ricardo Jacobsen Gloeckner (org.). Florianópolis: Empório do Direito, 2017, p. 299 *et seq.*

SCHÜNEMANN, Bernd. **Um olhar crítico ao modelo processual penal norte-americano**. Trad. Danielle Soares Delgado Campos. Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito. São Paulo: Marcial Pons, 2013.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar. **Curso de Direito Processual Penal**. 12ª Ed, Salvador: JusPodivm, 2017.

VASCONCELLOS, Vinicius Gomes. **Barganha e justiça criminal negocial: análise das tendências de expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro**. São Paulo: IBCCRIM, 2015.

LIMITES DE COGNIÇÃO DA DECISÃO QUE RECEBE A DENÚNCIA OU QUEIXA: UM ESTUDO À LUZ DOS FUNDAMENTOS CONSTITUCIONAIS E CONVENCIONAIS DO PROCESSO PENAL

João Santos da Costa¹

RESUMO: O presente trabalho consiste em um estudo hermenêutico constitucional e convencional do processo penal com enfoque no recebimento da denúncia ou queixa. O objetivo principal aqui é defender a necessidade de fundamentação da decisão que recebe a denúncia ou queixa e delimitar a profundidade de cognição a partir dos indícios de materialidade e autoria, além dos demais requisitos formais da peça acusatória. Parte-se da premissa de que a inexistência de uma decisão fundamentada acaba por subtrair o direito de defesa e reafirma mais um dos vários traços inquisitivos do processo penal brasileiro.

PALAVRAS-CHAVE: Cognição, fundamentação, decisão, convencionalidade, Processo Penal.

ABSTRACT: The present work consists in a constitutional and conventional hermeneutical study of the criminal process with focus on the judicial reception of the accusation. The main goal here is do support the need of motivation of the judicial act through which the accusation is formally received as well as determine a limit of the cognition depth on the clues that appoint the crime and its agent, not ignoring the further requisites of the suit initial piece. As a whole, such purpose is based on the idea that no motivation ends up taking away the right to defense and also reasserts one more amongst the several inquisitive traces of the Brazilian criminal process.

INTRODUÇÃO

O Brasil passa por um momento jurídico-político de profundo questionamento dos valores próprios do regime democrático. Sob a regência de uma Constituição dita cidadão, forjada no entardecer de um regime ditatorial que se

¹ Mestre em Direito pela PUCRS. Doutorando em Ciências Criminais pela PUCRS, pós graduação realizada em parceria, na modalidade DINTER, com o Centro Universitário Santo Agostinho - UNIFSA. Professor. Procurador Municipal.

estendeu por mais de 20 (vinte) anos, o país está a se questionar quanto ao modelo de sistema jurídico que deve orientar o poder punitivo do Estado a partir de um discurso de repressão ao crime. Não diferente do que ocorreu há pouco mais de 80 (anos), quando o mundo se preparava para vivenciar uma de suas mais terríveis experiências, a segunda Guerra Mundial, se projetava no plano interno, a ideia de um Código de Processo Penal que pudesse exprimir os valores da segurança, da ordem e, sobretudo, da supremacia do Estado sobre o indivíduo.

Sobrevivendo as diversas transições, dentre regimes democráticos e ditatoriais, o Decreto Lei 3.689, de 03 de outubro de 1941, de matizes inquisitórias e eminentemente fascistas, resistiu, sem uma profunda crítica jurídica e filosófica, como a norma que rege o exercício do poder punitivo estatal diante da prática de crimes. A promessa de realização da justiça penal, no entanto, não se concretizou. Pelo contrário, contando o país com mais de 700.000 (setecentos mil) encarcerados, o problema da criminalidade se revela cada vez mais complexo e emblemático nos mais diversos fóruns de discussão.

Nesse contexto, discutir o processo penal em todas as suas matizes tornou-se uma necessidade que vem sendo enfrentada pelas ciências criminais, em estudos que se revelam inter e transdisciplinares. A presente proposta não o faz diferente. A escolha que feita aqui, por sua vez, direciona-se para a compreensão do processo penal enquanto um complexo de normas concretizadas num procedimento em contraditório que, desde a sua origem, constitui um mal em si mesmo, uma força negativa sobre a dignidade da pessoa. A partir desta premissa, pretende-se tecer considerações críticas acerca da decisão que recebe a peça acusatória, confrontando-a com o princípio da motivação das decisões judiciais, de status constitucional e que encontra eco na Convenção Americana de Direitos Humanos - CADH.

Para além de defender a motivação como um requisito de validade constitucional e convencional da decisão que recebe a denúncia ou queixa, propor-se-á uma ideia matriz para o grau de profundidade, ou verticalização, da fundamentação, na tentativa de delimitar a cognição judicial na decisão que recebe a peça acusatória. A motivação, ainda que perfunctória, de reconhecimento dos indícios de autoria e materialidade em uma peça que preencha os requisitos formais para o exercício da ação penal, desse modo, é o cerne da proposta que tem neste estudo.

1. O OBJETO DO PROCESSO PENAL

Um tema de relevo no estudo do processo penal encontra-se na definição

e alcance de seu objeto. É uma matéria que, pela matriz teórica que se pretende abordar, detém um conteúdo profundamente explorado por estudos nacionais e estrangeiros. Antes de qualquer coisa, sobreleva ressaltar que o objeto do processo penal diz respeito a uma pretensão de direito material, condizente com uma pretensão acusatória que visa alcançar a verificação, em concreto, de uma acusação formalmente apresentada perante uma autoridade judiciária competente, a quem interessa não mais do que analisar, com a devida imparcialidade, os fatos e provas que lhe são trazidos, a fim de produzir um entendimento motivado sobre a imputação.

À evidência, é de se esperar que essa autoridade estatal, o Juiz, corresponda a um lugar juridicamente demarcado por deveres cujos limites se encontram na Constituição Federal e nas normas internacionais de proteção dos direitos humanos, sobretudo a Convenção Americana de Direitos Humanos, norma recepcionada no sistema interno brasileiro pelo Decreto 678, de 6 de novembro de 1992. Desse modo, quando se fala do Juiz, não se tem olhos para o sujeito, mas para o lugar. Falar de prerrogativas do Juiz no processo, nessa linha de raciocínio, além de confundir o seu papel, desconstrói toda a linha de produção das normas garantistas do devido processo penal.

Essas linhas introdutórias detêm o escopo de firmar o ponto de vista de que o processo não pertence ao Estado, nem lhe é mecanismo de realização de interesses próprios. O objeto do processo penal é, antes de tudo, a efetivação das garantias constitucionais e convencionais à uma satisfação de uma pretensão acusatória através de uma sucessão de atos devidamente pré normatizados e delimitados quanto aos ônus e deveres. O processo penal, nessa leitura é, antes de tudo, uma barreira ao autoritarismo, um escudo carregado de garantias de uma decisão condenatória (ou absolutória) justa. Único caminho, de fato, para tal fim.

E, a propósito da pretensão acusatória, ao se debruçar na análise das teorias que explicam o objeto do processo penal a partir da releitura das obras de Jaime Guasp e James Godschmidt, Lopes Jr. (2002, p. 126), identifica três grupos de teorias, a saber: a) teorias sociológicas; b) teorias jurídicas (subjéctiva e objectiva); e a teoria da satisfação jurídica das pretensões. Na primeira, o objeto do processo penal se dá na solução do conflito social intersubjéctivo. Nas segundas, o objeto do processo penal se isola na ideia de atuação do Direito sem considerar o fenómeno social. Quando aborda a teoria da satisfação das pretensões, no entanto, o autor a coloca como a que “... melhor explica o verdadeiro objeto do processo penal, pois resulta da fusão das duas teorias anteriores.” (LOPES JR., 2002, p. 127)

É de se constatar que o objeto do processo penal detém, com efeito, uma profunda base sociológica. Isso porque o crime é um fenômeno social que causa um desequilíbrio nas relações intersubjetivas e compromete a convivência pacífica. Por outro lado, não se pode afastar a compreensão do processo penal sem a prévia concepção de uma pretensão. Por certo, o processo, na sua essência, visa alcançar a efetivação de pretensões. No caso do processo penal, esta pretensão é apresentada um sujeito que se diz seu titular jurídico, isto é, alguém a que a lei confere legitimidade para requerer a aplicação de uma sanção penal, papel que é precipuamente exercido pelo Ministério Público, consoante a dicção do art. 129, I, da Constituição Federal e art. 24, *caput* do Código de Processo Penal - CPP, no caso da ação penal pública, mas que é, também, atribuído ao particular, na hipótese de ação penal privada, tal como prevê os arts. 29 e 30 do CPP.

No entanto, ao contrário do que o senso comum possa sugerir, não se encontra no âmbito do processo penal servir como instrumento estatal de imposição de pena. Na verdade, o processo penal é o único caminho para se chegar à pena. Nesse escopo, o processo penal detém estreita correlação com o Direito Penal. No entanto, como já dito, o processo penal é, antes de tudo, a salvaguarda das garantias constitucionais que servem de limites à atuação do Estado. A preservação da liberdade justa é, nessa linha de raciocínio, o conteúdo finalístico do processo penal.

A propósito, nesse plano, vale a observação de Choukr (2018, p. 20), ao expor:

A punição, como um dos resultados possíveis do processo penal, se alocado como sua finalidade prioritária, desloca a preservação da liberdade para um plano inferior e incrementa a criação de mecanismos jurídicos subordinados a um ideal punitivista além do que, potencialmente, haverá de confundir o papel do processo penal enquanto atuação da jurisdição com aquele próprio ao Poder Executivo na conformação de políticas de segurança pública.

Desse modo, não se pode confundir o processo penal com os projetos políticos de segurança pública. Este tem sido, com efeito, um equívoco cometido principalmente quando se pensa na prisão como único caminho para a solução para combater a violência que, ao mesmo tempo, induz-se a pensar o processo penal como solução para tal fim.

Volta-se, pois, para a premissa estabelecida de que o objeto do processo penal se atém a alcançar uma decisão, quer seja ela condenatória ou absolutória, minimamente comprometido com interesses meramente punitivistas. A conde-

nação, se alcançada, terá sido com respeito aos limites estabelecidos pelas normas constitucionais e convencionais do devido processo penal.

Essa discussão inicial detém estreita correlação com a cognição judicial no processo penal que se diz inserido num ambiente constitucional e convencionalmente ordenado. Nessa linha de entendimento, a cognição judicial, resultado de uma postura comprometida com a motivação das decisões judiciais, é elemento ou condição *sine qua non* de validade constitucional e convencional do processo penal que resulta da correlação de coerência entre a pretensão declaratória deduzida perante o juízo penal e a resistência exercida pelo acusado.

Para dar continuidade à linha desse breve estudo, necessário tecer digressões críticas acerca da ação penal, o modelo adotado pelo sistema jurídico brasileiro, de modo a compreender que só se tem processo quando se tem uma pretensão acusatória devidamente formulada. Por mais que não se queira concordar, há limites ao exercício da ação penal. E é exatamente a partir da compreensão desses limites que chega ao ponto central da discussão ora proposta, a cognição da decisão que recebe a denúncia ou queixa.

2. A AÇÃO PENAL: NATUREZA E CONDIÇÕES DE EXERCÍCIO

2.1. NATUREZA DA AÇÃO PROCESSUAL PENAL

A teoria da ação, ou do direito de ação, já rendeu toda uma inalcançável produção teórica. Nessa construção epistemológica, dentre tantas controvérsias, ganha destaque a obra de Bernhard Windscheid y Theodor Mutter, que remete ao ano de 1856, sempre referenciada por estudos em torno desse tema e, em cuja introdução, escrita por Giovanni Pugliese (1974, p. XI), foi dito que:

[...] las formulaciones de estos autores marcaron un cambio en la historia del pensamiento jurídico, creando para romanistas, civilistas y procesalistas el problema de la actio o de la acción y proporcionando el punto de partida de doctrinas que todavía hoy se procesan en este campo.

A polémica, em síntese disposta na percepção da actio como um direito autônomo, uma pretensão deduzida contra a parte adversa para lhe impor uma prestação de fazer (relação de crédito) e, por vezes, uma omissão, isso na visão de Windscheid, foi confrontada por Mutter para quem a pretensão seria deduzida tão somente em face do Estado, e não contra a parte. A propósito, colhem-se as seguintes impressões sobre essa divergência teórica na obra de Tesheiner e Thamay (2018, p. 189):

Esses estudos conduziram a diferenciar nitidamente o direito à prestação em sua direção pessoal determinada (*anspruch*, pretensão) – que, segundo apuramos, equipara, no limiar do processo, os direitos absolutos e relativos, reais e pessoais – do direito de ação, como direito autônomo, tendente à realização da lei por via do processo.

A autonomia do direito de ação tornou-se uma posição dominante dentre os teóricos do assunto, no entanto bastante divulgada é a controvérsia entre a sua natureza como direito abstrato, difundida por Degenkolb, aquele cujo exercício se desvincula do direito material, quer dizer, é exercido mesmo quando não se tem o direito, versus direito concreto, por outro lado, que, defendida por Adolf Wach, detém o status de direito público subjetivo de quem tem razão.

No entanto, o Brasil se viu bastante influenciado pela doutrina de Liebman, a qual, consoante esclarece Cintra, Grinover e Dinamarco (2005, p. 261), se apresenta como um “direito subjetivo instrumental”, e, para além disso, “... um *poder* ao qual não corresponde a obrigação do Estado, igualmente interessado na distribuição da justiça; poder esse correlato com a *sujeição e instrumentalidade conexo a uma pretensão material*.” Para os mesmos autores, as teorias da ação, conforme as conclusões a que chegaram, seriam aplicáveis tanto ao processo civil como ao penal.

No entanto, aqueles que se dedicaram ao estudo do processo penal objetam veementemente a teoria de Liebman. O direito de punir, tal como se pensa a corrente civilista, jamais pode se encontrar no plano concreto de uma relação de direito material entre o autor da ação penal e o acusado, que sequer existe.

Aqui, nos limites da proposta do trabalho, adota-se a concepção exposta por Lopes Jr. (2018a, p. 187), para quem:

Tal lição (abstração e autonomia) é perfeita para o processo civil, mas precisa ser redefinida no processo penal. Isso porque, no processo penal, não se admite a plena abstração, pois, para a acusação ser exercida e admitida, dando início ao processo, é imprescindível que fique demonstrado o *fumus commissi delicti*.

A propósito desse posicionamento, é importante fazer expressa menção ao texto do Art. 41 do Código de Processo Penal, que assim dispõe:

Art. 41. A denúncia ou queixa conterà a exposição do fato criminoso, com todas as suas circunstâncias, a qualificação do acusado ou esclarecimentos pelos quais se possa identificá-lo, a classificação do crime e, quando necessário, o rol das testemunhas.

A exposição do fato criminoso e todas as suas circunstâncias vinculada a

um comportamento voluntário do acusado se apresenta, desse modo, como um elemento central para a compreensão da natureza jurídica da ação penal. Esta consiste, com efeito, em uma pretensão acusatória, um direito potestativo de provocação do órgão jurisdicional contra quem se imputa a prática de um delito. Seu elemento objetivo, consoante se extrai do texto da norma, está a descrição do fato criminoso, ao que o subjetivo está na indicação da autoria e, ainda, um terceiro elemento, a atividade, consistente na declaração petitoria.

Como visto, a ação penal é exercida por meio de uma pretensão acusatória. Os limites do exercício dessa pretensão encontram-se delineados na própria lei. E, embora a ação penal seja reconhecida como direito autônomo, público e abstrato, este último aspecto, a abstração, é temperada no processo penal pela necessidade da demonstração do *fumus commissi delicti*, consoante esclarece Lopes Jr (2018a, p. 189). Há, desse modo, uma conexão instrumental com o caso penal, pois a potestade de agir se encerra nos limites para que a acusação seja admitida, não podendo o acusador pretender exercê-la sem, contudo, demonstrar a verossimilhança do alegado, isto é, a existência da materialidade e autoria, nisso traduzindo-se a síntese do *fumus commissi delicti*.

Outro ponto que merece atenção, antes de se adentrar especificamente na análise dos limites cognitivos do recebimento da denúncia ou queixa, pela intrínseca pertinência com o objeto desse estudo, diz respeito à discussão das denominadas condições da ação, sua disciplina e, sobretudo, a necessária separação das categorias do processo civil em relação ao processo penal.

2.2 DAS CONDIÇÕES DA AÇÃO PENAL: ESPECIFICIDADES DO CASO PENAL

A premissa maior dessa análise é, sobretudo, a de que não se pode importar as categorias do processo civil, notadamente as denominadas condições da ação, para simplesmente alocá-las no processo penal como se tratassem de institutos semelhantes. As semelhanças, com efeito, cessam na denominação. O esforço em igualar o processo civil e o processo penal por meio das condições da ação, historicamente construído pela denominada Teoria Geral do Processo, trouxe um grande prejuízo epistemológico para o processo penal, e como diz Coutinho (1998, p. 122-123) “Sem embargo disso, *per fas et nefas*, a teoria geral do processo civil, a cavalo na teoria geral do processo, penetra no nosso processo penal e, ao invés de dar-lhe uma teoria geral, o reduz a um primo pobre.”.

Nessa linha de raciocínio, outro ponto crucial da discussão encontra-se na

defesa puramente racional de que o conteúdo da ação no processo penal não é a lide, tal como posta na concepção de Carnelutti, mas o caso penal, este revestido de tipicidade. O que se expõe aqui é sintetizado por Lopes Jr. (2018a, p. 189) ao expor: “Assim, entendemos que a ação processual penal é um direito potestativo de acusar, público, autônomo e abstrato, mas conexo instrumentalmente com o caso penal.” É sobre o exercício desse direito potestativo, com efeito, uma declaração petitória pela qual se externa uma acusação, que se sobrepõem o dever constitucional e convencional de fundamentação da decisão que recebe a peça acusatória, quer seja uma denúncia, na ação penal pública, ou queixa, no caso da ação penal privada.

Essa compreensão conceitual, a propósito, vai influenciar profundamente a compreensão das condições de admissibilidade da ação no processo penal. Na verdade, melhor seria falar nos limites do dever de expor uma pretensão acusatória, porque, de fato, o que se tem como consequência lógica do exercício do direito de ação no processo penal é pleito de uma condenação, a aplicação de uma pena em razão da prática de um determinado delito.

A necessária conexão existente entre a acusação e o caso penal é o que confere o caráter instrumental do processo penal. Não demonstrada esta conexão, é de se constatar o indevido exercício do direito de deduzir uma pretensão acusatória. Tal dosagem serve para limitar o caráter abstrato do direito de ação.

Quem vai mais além é Jacinto Nelson de Miranda Coutinho que sugere um rol específico de condições da ação em razão do caráter instrumentalmente conexo com o caso penal, a saber: a) tipicidade objetiva; b) punibilidade concreta; c) legitimidade de parte; d) justa causa (COUTINHO, 1998, p. 148-149).

Relevante a nota feita por Coutinho (1998, p. 151) acerca da tipicidade, aparentemente, um elemento central como requisito de admissibilidade da ação penal, senão vejamos:

No nosso processo penal, a tese da possibilidade jurídica é inaceitável, porque o requisito, visto pelo ângulo da tipicidade - não precisa ir longe para compreender que quando o art. 43, I, do CPP fala de crime, está tratando do tipo - necessariamente deve ser conceituado de modo positivo. Em outras palavras: para o autor ver procedente a ação, deve levar ao juiz, na imputação, uma conduta que, aparentemente, corresponde a um tipo legal.

Na proposta teórica de uma teoria própria da acusação, feita por Lopes Jr. (2018b, p. 164-165) são apontados os seguintes requisitos de admissibilidade: a) legitimidade ativa; b) prática de fato aparentemente criminoso; c) punibilidade

concreta; d) justa causa.

As propostas de Aury Lopes Jr. e Jacinto Nelson de Miranda Coutinho, autores que se debruçam sobre o processo penal como ramo do conhecimento de base metodológica delimitada e distinta do processo civil serve para demonstrar que a as condições da ação, propostas por Liebman (interesse de agir, legitimidade de parte e possibilidade jurídica do pedido), são categorias estranhas e que não condizem com a essência, ou com o objeto, do processo penal.

No ano de 2008, o Código de Processo Penal sofreu uma reforma que lhe deu conferiu nova redação ao art. 395, o qual elencou como hipóteses de rejeição da peça de acusação, denúncia ou queixa: a) a petição manifestamente inepta; b) a ausência de pressuposto processual ou condição para ação; c) a ausência de justa causa para o exercício da ação penal.

A influência da teoria de Liebman sobre o processo penal é inegável. O problema é que cria um vácuo metodológico no processo penal, retirando da esfera hermenêutica a compreensão das especificidades do processo penal. Percebe-se no confronto da proposição teórica e aquela que se encontra normatizada um grande distanciamento hermenêutico. Há necessidade, desse modo, de se fazer uma releitura das condições de admissibilidade da ação no processo penal.

Posiciona-se, a propósito, Lopes Jr. (2018b, p. 147), ao tecer críticas ao interesse processual: “Pensamos que se *trata de categoria do processo civil que resulta inaplicável ao processo penal*. Isso porque o processo penal vem marcado pelo princípio da necessidade, algo que o processo civil não exige e, portanto, desconhece.” Crítica semelhante faz o autor em relação à possibilidade jurídica do pedido, a qual, conforme diz, consiste numa expansão inadequada, porque não indevida e inapropriada, de conceitos do processo civil para o processo penal.

Não é difícil imaginar, diante dessas premissas, a dificuldade que se tem em compreender a cognição judicial diante do recebimento da ação penal. No entanto, já é tempo de tecer considerações sobre a fundamentação da decisão que recebe a denúncia ou queixa, seu caráter convencional e, enfim, os limites de cognição.

3. A FUNDAMENTAÇÃO DA DECISÃO QUE RECEBE A DENÚNCIA OU QUEIXA: LIMITES DE COGNIÇÃO E CONVENCIONALIDADE

3.1 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS E CONVENCIONAIS DO PROCESSO PENAL

É conhecida a frase de Goldschmidt que coloca o processo penal como o termômetro dos elementos corporativos ou autoritários de sua constituição. São suas as seguintes palavras:

Los principios de la política procesal de una nación no son otra cosa que segmentos de su política estatal en general. Se puede decir que la estructura del proceso penal de una nación no es sino el termómetro de los elementos corporativos o autoritarios de su Constitución. (1960, p. 110)

Existe, nesse sentir, uma relevância jurídica fundamental na definição dos princípios que vão nortear o processo penal da nação. Para o presente trabalho, adotam-se os seguintes princípios: a) *nulla poena, nulla culpa sine iudicio*, ou simplesmente o princípio da jurisdicionalidade; b) princípio acusatório; c) princípio da presunção de inocência; d) princípios do contraditório e da ampla defesa; e) princípio da motivação das decisões judiciais.

Acerca do princípio da jurisdicionalidade (ou *nulla poena, nulla culpa sine iudicio*), oportuno trazer a nota feita por Cordero (1986, p. 27) acerca de seu monopólio, quando faz referência ao Art. 78 do Estatuto albertino², onde constava que “*la giustizia emana dal re, ed è amministrata in suo nome dai giudici ch’egli istituiscè*”³. Como observa, isso não passa de uma metáfora inócua. E dá como exemplo o caso da França, fazendo referência a uma regra que do ano 1789, estabelecendo que « *le pouvoir judiciaire ne pourra, en aucun cas, être exercé par le roi ni par le corps législatif* »⁴ e, ainda, « *la justice sera administrée au nom du roi, par ses tribunaux établis par la loi, suivant les principes de la constitution, et selon les formes déterminées par la loi* »⁵. A ideia de jurisdição limitada pela Lei surgiu, então, como limite à ‘jurisdição do rei’. O poder não emana do rei, mas da Lei. Essa foi, de fato, uma conquista civilizatória do Estado Constitucional de Direito. Há, enfim, no conceito de jurisdição a pretensão de se estabelecer limites como mecanismos de manutenção da própria ordem jurídica.

A jurisdicionalidade detém, com efeito, uma relevância essencial na com-

2 Trata-se do denominado “Estatuto fundamental da Monarquia de Saboya”, firmado em 4 de março de 1848, por Carlos Alberto de Saboya, que a definiu como a “Lei fundamental, perpétua e irrevogável da Monarquia” e que foi substituído pela Constituição italiana de 1948.

3 Em tradução livre, tem-se que “a justiça emana do rei e é administrada em seu nome pelos juízes que ele institui”.

4 Em tradução livre: “o judiciário não pode, sob nenhuma circunstância, ser exercido pelo rei ou pelo legislativo”.

5 Em tradução livre: “a justiça será administrada em nome do rei, pelos únicos tribunais estabelecidos por lei, de acordo com os princípios da constituição e de acordo com as formas determinadas por lei.”

preensão do processo penal. Dizer o direito, no processo penal, não significa meramente admitir o monopólio do poder punir à jurisdição estatal. É, antes de tudo, assimilar que se trata de um poder constitucionalmente delimitado pelas garantias fundamentais de proteção da pessoa humana. O indivíduo, de outro modo, tem o direito fundamental de ser julgado por um juiz investido legalmente na função mas, sobretudo, que reconheça os limites legais e constitucionais do exercício de sua função.

O princípio acusatório, por sua vez, remete ao aforismo latino *nemo iudex sine actore*. O juiz, nesse sentir, é um terceiro, estranho ao processo, portanto não pode, por vontade ou impulso próprio, provocar-se, isto é, agir *ex officio*. O juiz não provoca a si mesmo. Pelo caráter puramente didático, transcrevem-se as palavras de Goldschmidt (1961, p. 111):

Sin embargo, el principio “actorio”, transformado luego en acusatorio, se mantiene en el proceso penal, donde el Tribunal criminal es un tribunal popular, porque de éste, por falta de permanencia y movilidad, no puede exigirse un procedimiento de oficio ni la recogida del material procesal.

Do princípio acusatório, portanto, infere-se numa correlação lógica intrínseca o princípio da imparcialidade. O juiz imparcial é, sobretudo, um juiz que se reconhece enquanto instância inerte, que condiciona a deflagração do rito processo e a produção de provas exclusivamente ao interesse expressamente manifestado pelas partes. E diga-se que, quando se diz que o juiz não é parte no processo, não o é no sentido material e formal.

Noutro ponto, deve-se por em evidência que o processo penal, por mais que possa parecer, não permite um equilíbrio de forças entre a acusação e o acusado. Aquela, que se confunde com a figura do Estado, detém somente por isso uma posição dominante no processo. O acusado se porta, assim, como um hipossuficiente. A presunção de inocência, melhor expressa como presunção de não culpabilidade, tem, neste contexto, o escopo de minimizar tal desequilíbrio. Daí advém, pois a máxima de que *in dubio pro reo*.

Reconheceu-se, de fato, este fim na Convenção Americana de Direitos Humanos – CADH, que expressa estabelece: “Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa.”

A Constituição Federal acolher o princípio de presunção de inocência em seu Art. 5º, LVII, ao dispor que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.”

As palavras de Aragonese Alonso (1960, p. 48) bem se ajustam na ideia que ora se defende, quando expõe o seguinte: “*La Justicia no tiene la misión de desplegar la personalidad del individuo, sino la de proporcionarle la libertad necesaria, para ello.*” De fato, revolvendo o conceito de processo penal, tem-se que o devido processo penal constitucional-convencional não tem o escopo de condenar com base em confissão, à míngua das garantias da ampla defesa e do contraditório.

A propósito da convencionalidade, o texto do Art. XI, 1 da Declaração Universal dos Direitos do Homem expõe o alcance da presunção de inocência com muita clareza:

Todo ser humano acusado de um ato delituoso tem o direito de ser presumido inocente até que a sua culpabilidade tenha sido provada de acordo com a lei, em julgamento público no qual lhe tenham sido asseguradas todas as garantias necessárias à sua defesa.

O tema da presunção de inocência tem palpitado os ânimos políticos, essencialmente políticos, dos brasileiros. A discussão recentemente travada no Supremo Tribunal Federal demonstra que o país ainda tem um caminho a percorrer na busca da maturidade convencional. A controvérsia teve início com o julgamento do HC 126.292/SP, onde, por maioria de 7 a 4, o Corte Suprema entendeu pela possibilidade de cumprimento de pena depois do julgamento em segunda instância. O julgamento das Ações Declaratórias de Constitucionalidade 43 e 44, que tinham como objeto o Art. 283 do Código de Processo Penal, foram emblemáticos. No final, prevaleceu o entendimento de que a prisão definitiva somente pode ocorrer depois do trânsito em julgado da sentença penal condenatória. É um debate que não cabe no objeto deste trabalho, mas que merecia uma rápida referência.

Sob o enfoque no contraditório e na ampla defesa, tem-se inicialmente que o primeiro se dá pelo acesso à segunda, e vice-versa. Por certo que, no Estado constitucional de direito, não se faz um processo justo sem que as partes tenham a efetiva oportunidade de manifestação processual, além da liberdade de produzir as provas necessárias à salvaguarda de seus direitos.

Na Declaração Universal dos Direitos Humanos, consta que toda pessoa acusada da prática de um crime tem direito a um julgamento público no qual lhe sejam asseguradas todas as garantias necessárias à sua defesa. E da Convenção Americana de Direitos Humanos, tem-se, entre as garantias processuais mínimas, a concessão de tempo e meios adequados à preparação da sua defesa, além do direito de auto defesa ou de assistência de um defensor que a faça tecnicamente.

O contraditório e a ampla defesa constituem um aspecto intrínseco do próprio processo, no sentido mais amplo do termo, sendo irrelevante que se desenvolva perante uma autoridade judiciária ou administrativa (Art. 5º, LV, da CF/88). Assim, é fato que, no processo penal, diante do bem jurídico em risco, que é a liberdade do indivíduo, tais garantias detêm uma especial relevância.

O contraditório deve ser visto, de outro modo, como uma garantia a uma decisão judicial construída com o prévio conhecimento de todo o processo. As partes devem ter a oportunidade de se manifestar sobre todos os fatos (ou acontecimentos) do processo, de modo a evitar uma “decisão surpresa”. Posta a questão assim, é de se entender que o contraditório é uma limitação à atuação do juiz mas, voltada especialmente para coibir arbitrariedades, ao mesmo tempo, serve para dar legitimação de sua atuação como instância de poder decisório. Tal como coloca Lopes Jr. (2018a, p. 98):

O juiz deve dar “ouvida” às partes, sob pena de parcialidade, na medida em que conheceu apenas metade do que deveria ter concedido. [...] Ou seja, o contraditório é observado quando se criam as condições ideais de fala e oitiva da outra parte, ainda que ela não queira utilizar-se de tal faculdade.

Mas, ainda acerca do contraditório, uma matéria que tem estreita pertinência com o objeto de estudo deste trabalho diz respeito ao momento em que se dá o contraditório como garantia mínima ao devido processo penal, falando-se, então, em contraditório prévio e diferido, ou postergado. Numa explicação bem simples, diz-se que, na primeira situação, primeiro o juiz ouve as partes, depois decide. No caso do contraditório diferido, o juiz detém o poder de decidir antes mesmo de ouvir a parte adversa.

Como regra, o contraditório deve ser prévio. No entanto, sabe-se bem que o contraditório diferido ou postergado se tornou quase um lugar comum na aplicação de prisão preventiva (Art. 312, CPP) ou temporária (Lei 7.960/89). No entanto, na linha de entendimento que se projeta neste ensaio, defende-se inconveniência e inconstitucionalidade, por ofensa aos princípios do contraditório e da ampla defesa a possibilidade de se aplicar sumariamente a condenação na fase de recebimento da denúncia, ainda que constem dos autos confissão obtida na fase preliminar, diante de autoridade judicial, e outros elementos de prova (indícios).

A defesa pessoal decorre de um exercício de resistência manifestado pela própria pessoa acusada, que o faz como corolário do direito de não ter que produzir prova contra si mesmo (*nemo tenetur se detegere*), reconhecido como prin-

cípio da vedação da autoincriminação, ou do direito ao silêncio. Na Convenção Americana de Direitos Humanos, encontra-se expresso como o direito de qualquer pessoa de não ser obrigada a depor contra si mesma, nem, igualmente, de declarar-se culpada (Art. 8, 2, g). Na Constituição Federal brasileira, o direito ao silêncio, uma faces do *nemo tenetur se detegere* encontra-se positivado no Art. 5º, XLIII.

O alcance do *nemo tenetur* diz respeito à produção de qualquer espécie de prova. Não se admite, por certo, que se presuma qualquer prejuízo ao exercício de resistência do sujeito acusado quando este não colabora com a produção de provas no processo penal. Assim, o próprio silêncio não pode ser, em qualquer hipótese, interpretado em desfavor da defesa, consoante a redação do Art. 186, parágrafo único, do CPP. A propósito, diz Choukr (2018, p. 81): “Uma das grandes consequências do *nemo tenetur* é a impossibilidade de compelir-se a pessoa submetida à persecução que seja obrigada a colaborar na produção de provas a seu desfavor, sejam invasivas ou não.”

Outro ponto relevante nessa discussão diz respeito à defesa técnica. Esta é reconhecida como um direito indisponível, inclusive consagrado na Convenção Americana de Direitos Humanos⁶. Trata-se de garantia que reconhece na pessoa acusada um *status* de hipossuficiência em relação à posição do Estado-acusador, inclusive amplamente reconhecida e confirmada por precedentes do Supremo Tribunal Federal, valendo aqui referência à Súmula 523, cujo texto é o seguinte: “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.”⁷⁸

E para fechar a análise, pelo menos na limitação do presente trabalho, é de se ressaltar que, dos princípios do contraditório e da ampla defesa, surge como componente formal a exigência de elementos mínimos pela peça de acusação, pois como expõe Sarlet; Marinoni e Mitidiero (2017, p. 802) “Ela, ao delimitar o âmbito temático da imputação penal, define a própria *res in judicio deducta*.”

6 Diz o Art. 8º, 2, e da CADH: “direito irrenunciável de ser assistido por um defensor proporcionado pelo Estado, remunerado ou não, segundo a legislação interna, se o acusado não se defender ele próprio nem nomear defensor dentro do prazo estabelecido pela lei;”

7 Uma consubstanciada crítica sobre a “prova do prejuízo”, expressa adoção do aforismo *pas de nulité san grief*, é encontrada na obra de Gloecker (2018, p. 488-489), ao expor: “Lamentável que os tribunais pátrios façam voto de louvor ao pensamento do então Ministro da Justiça, Sr. Francisco Campos, que esteve presente na elaboração das principais legislações antidemocráticas brasileiras.”. De fato, a exigência da prova do prejuízo, sem que se faça a necessária distinção entre nulidades absolutas e relativas, praticamente torna desnecessário, no sistema jurídico pátrio, a distinção entre estas duas categorias.

8 Entre outros precedentes, reconhecendo a necessidade da prova do prejuízo, citam-se os seguintes: [HC 144.018 AgR, rel. min. Alexandre de Moraes, 1ª T, j. 7-11-2017, DJE 261 de 17-11-2017.]. [HC 138.121 AgR, rel. min. Ricardo Lewandowski, 2ª T, j. 16-10-2017, DJE 247 de 27-10-2017.]. [RHC 138.752, rel. min. Dias Toffoli, 2ª T, j. 4-4-2017, DJE 143 de 27-4-2017.].

De certo, é imprescindível que a peça de acusação contenha a descrição do fato delituoso, em toda sua extensão e com todas as circunstâncias, de modo a dar o necessário conhecimento para o exercício pleno de defesa.

E, fechando a análise dos princípios, as considerações se voltam para o princípio da motivação das decisões judiciais. Tem-se aqui mais uma garantia fundamental ao do processo penal e que tem estreita relação com o princípio da imparcialidade. Parafraçando Alonso (1960, p. 128), ao fazer referência ao conhecido discurso de Werner Goldschmidt em homenagem a James Goldschmidt⁹, pode-se ter presente que a imparcialidade consiste, na verdade, em uma espécie determinada de motivação, na declaração de uma resolução orientada pelo desejo de dizer a verdade, enfim de “colocar entre parênteses” todas as considerações subjetivas do julgador.

De qualquer modo, no sentido de reconhecer a instrumentalidade constitucional e convencional do processo penal, é de todo necessário que a decisão, aqui no sentido mais específico de condenação, deve refletir um resultado justo, isto é, que, sobretudo, o respeito às garantias processuais. Conforme acentua Lopes Jr. (2018b, p. 58):

É uma especial conotação o caráter instrumental e que só se manifesta no processo penal, pois se trata de instrumentalidade relacionada ao direito penal e à pena, mas, principalmente, *um instrumento a serviço da máxima eficácia das garantias constitucionais*. Está legitimado enquanto instrumento a serviço do projeto constitucional.

A conformação constitucional e convencional do processo penal exige, enfim, o reconhecimento de que, no final das contas, o resultado alcançado não tenha atropelado as garantias mínimas. A discussão que se projeta nesse momento, para alcançar o objetivo deste trabalho, diz respeito à cognição judicial sobre o recebimento da ação penal, ou de sua admissibilidade. As premissas, depreende-se que estejam postas a partir dos limites do direito da ação e da submissão, ou melhor, aderência do processo penal aos princípios constitucionais e convencionais aqui perfunctoriamente discutidos.

3.2 DA FUNDAMENTAÇÃO DO RECEBIMENTO DA DENÚNCIA OU QUEIXA: LIMITES DE COGNIÇÃO

O ponto de partida da presente discussão foi, para além da necessidade de

⁹ O discurso a que se faz referência pode ser consultado em: GOLDSCHMIDT, Werner. *La imparcialidad como principio básico del proceso (la parcialidad y la imparcialidad)*. Disponível em < http://www.academiaderecho.org/upload/biblio/contenidos/la_imparcialidad.pdf>. Acesso em 22.11.2019.

fundamentação da decisão que recebe a denúncia ou queixa, um incursão na dogmática processual penal brasileira acerca dos limites cognitivos desse recebimento. No entanto, o que paira na doutrina especializada é uma divergência quanto à necessidade de fundamentação da decisão que recebe a ação penal. Deve-se ter presente, de todo modo, que não se concebe aqui a hipótese de recebimento da ação penal sem que seja por uma decisão minimamente fundamentada. Esta compreensão se dá sob a perspectiva do devido processo penal constitucional e convencional, na esteira dos princípios basilares já analisados.

É importante ressaltar, ainda como premissa introdutória, que o juiz detém um poder que somente se legitima na medida em que se conforma com as normas regentes do Estado Democrático de Direito. A opção da democracia brasileira foi a de tornar o cargo de juiz um lugar determinado e delimitado por regras e princípios que lhe conferem mais do que a noção de poder que advém do senso comum, uma postura contra majoritária, isto é, não política ou mesmo refratária aos ânimos e clamores que ecoam das ruas e, essencialmente, das redes sociais.

De outro modo, é importante reconhecer que se vive um momento delicado na proteção das garantias constitucionais processuais cujo alcance avança para o sacrifício do aspecto qualitativo da prestação jurisdicional, consoante anota Streck e Oliveira (2019, p. 124). É contra essa tendência de flexibilização do dever de fundamentar que se trabalha na produção do presente ensaio. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, no que diz respeito à desnecessidade de fundamentação da decisão que recebe a ação penal é exemplo emblemático dessa posição refratária das garantias processuais penais, tal como esclarece Choukr (2018, p. 403)..

A Constituição Federal brasileira, a propósito, expôs o dever de fundamentação a decisão judicial como uma garantia processual no texto de seu Art. 93, IX, cuja redação estabelece a publicidade e fundamentação como requisitos de validade dos julgamentos do Poder Judiciário. Tal garantia está intimamente relacionada à direito fundamental, também uma garantia, do devido processo legal, expresso no Art. 5, LIV da Constituição Federal. Além disso, trata-se de proteção da liberdade individual, especialmente contra decisões arbitrárias. No contexto da Convenção Americana de Direitos Humanos, pode-se relembrar a previsão constante do Art. 7º, item 2, onde se tem que “Ninguém pode ser privado de sua liberdade física, salvo pelas causas e nas condições previamente fixadas pelas constituições políticas dos Estados Partes ou pelas leis de acordo com elas

promulgadas.”

Num estudo bastante elucidativo sobre o tema, Gomes Filho (2001, p. 80) externa o seguinte pensamento:

Como uma espécie de prestação de contas desse modo de atuar, a motivação das decisões judiciais adquire uma conotação que transcende o âmbito próprio do processo para situar-se, portanto, no plano mais elevado da *política*, caracterizando-se como o instrumento mais adequado ao controle sobre a forma pela qual se exerce a função jurisdicional.

Esta asserção se encontra na base da defesa que o autor referenciado faz acerca da motivação como garantia política. O que se acresce aqui não é mais do que afirmar que tal função tem estreita correlação com a noção de um regime processual convencional democrático.

E, na essência, o dever de motivar a decisão judicial se encontra na base da legitimação da função judicante. Reafirma a imparcialidade e escuda as partes do processo de arbitrariedades. Nessa percepção, se sobressai a fundamentação como uma garantia processual. Isso porque, querendo ou não, há uma pretensão acusatória delimitada por requisitos estabelecidos na lei. A propósito, mais uma vez, merece referência Gomes Filho (2001, p. 96-97) que expõe:

Se, no seu conjunto, as atividades processuais representam uma garantia para o correto exercício do poder, assegurando uma *metodologia* que possibilita a ampliação das hipóteses de solução dos problemas concretos, não seria razoável admitir pudesse o juiz, ignorando os resultados de todas aquelas atividades, proferir decisões que constituam produto de simples vontade pessoal.

Noutro ponto, é importante ter presente no conjunto do pensamento ora construído, que a motivação da decisão judicial, como garantia constitucional e convencional do processo penal, detém alcance não apenas na fase de sentença, mas em todo o iter procedimental, a começar pelo próprio ato de recebimento da denúncia ou queixa, isto é, na admissibilidade da ação penal.

Como afirma Choukr (2018, p. 403), dentre os traços inquisitivos mais marcantes do processo penal brasileiro, se encontra a inexistência de um contraditório preliminar ao recebimento da acusação. Desconhece, ou ignora o legislador brasileiro a status do processo penal como mal em si mesmo, ponto destacado por Coutinho (1998, p. 151).

O que descortina, aqui, enfim, é que o ato de receber a ação penal, tal como se encontra expresso no texto do Art. 396 do Código de Processo Penal brasileiro é um ato decisório tal como dispõe o Art. 93, IX da Constituição Fe-

deral e que deve ser precedido de um contraditório prévio, hoje inexistente. Em outras palavras, o que se pensa é na necessidade de uma manifestação prévia ao recebimento da ação penal, para somente depois, manifestar-se o julgador quanto à sua admissibilidade, tendo-se em conta os requisitos estabelecidos na própria norma processual codificada, no teor do Art. 395 do CPC, dentre os quais se sobressai a justa causa para a ação penal, tema que foi analisado com a devida profundidade na obra de Maria Thereza Rocha de Assis Moura e que detém uma posição diferenciada ao expor que a tese de que a justa causa não se encontra dentre as condições da ação, mas que a ausência de quaisquer das condições implica a falta de justa causa (2001, p. 221).

Divergindo do posicionamento referenciado, opta-se aqui pela posição de Aury Lopes Jr., para quem a justa causa corresponde a um lastro probatório mínimo apto a justificar a admissão da acusação e o custo, diga-se patrimonial e extrapatrimonial, que carrega o processo penal em termos de estigmatização e aplicação de pena (2018b, p. 155). O autor vai mais além, quando faz uma correlação da justa causa com o caráter fragmentário do processo penal, ao afirmar que aquela é, também, um consectário do princípio da intervenção mínima e da reserva legal, cujo escopo deve abranger questões como as relativas à insignificância ou bagatela, defendendo que:

[...] nenhum impedimento existe de que o juiz analise isso, à luz da proporcionalidade, da ponderação dos bens em jogo, ou, ainda, da própria estrutura do bem jurídico e da missão do direito penal. E, quando fizer isso, estará atuando na justa causa para a ação processual penal. (LOPES Jr., 2018b, p. 157)

Nesse ponto, chega-se ao objetivo específico do presente estudo, que é, para além de defender a necessidade de fundamentação da decisão que recebe a ação penal, quer seja pública ou privada, deve o julgador enfrentar as questões puramente formais, como legitimidade, a tipicidade e punibilidade concreta do acusado e, sobretudo, o lastro probatório mínimo, aquele que acompanha a peça acusatória, aqui compreendido como justa causa para a ação penal. Ainda que inexistia um contraditório prévio na fase da admissibilidade da ação penal, ponto que suscitaria um outro debate, não pode o sistema processo penal brasileiro, regido por princípios constitucionais e convencionais, prescindir de uma análise cognitiva mínima nessa fase inicial.

É com este pensamento que apresenta, enfim, a perspectiva de que se deve levar o processo a sério a admissibilidade da ação penal, não somente porque o processo penal é, em si, um mal, mas, sobretudo, porque esta é uma garantia

constitucional e convencional, que está na base do regime democrático.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A matriz constitucional e convencional do processo penal é tema que, aparentemente, não encontra divergência, quer no campo acadêmico ou mesmo jurisprudencial. No entanto, ao se propor o presente estudo, teve-se em mente que, apesar dessa prevalente conformação hermenêutica, há temas que ainda se apresentam com refratários, dentre os quais se encontra a necessidade de fundamentação da decisão que recebe a ação penal.

A proposta deste estudo cingiu-se, desse modo, em percorrer os temas mais proximamente correlacionados como o exercício da ação penal, seus princípios e requisitos de admissibilidade para, então, se propor um entendimento que se amolde a concepção do ato de recebimento da denúncia ou queixa como uma decisão judicial a qual não pode prescindir de motivação, na disciplina que é dada pelo Art. 93, IX da Constituição Federal.

A motivação da decisão judicial que recebe a denúncia ou queixa, mercê da inexistência de um contraditório prévio, é corolário dos princípios do devido processo legal e da presunção de inocência. Mas, além disso, é um princípio que, em si, reafirma a imparcialidade e o caráter contra majoritário do processo penal.

No presente estudo, indo além da defesa da motivação da decisão que recebe a denúncia ou queixa, propôs-se como limite de cognição dessa decisão, em congruência com os pressupostos legais para o exercício da ação penal, que o julgador enfrente os aspectos formais, como legitimidade, tipicidade e punibilidade, mas, sobretudo, que se posicione minimamente sobre a justa causa para o exercício da ação penal, aqui pensada como um conjunto probatório mínimo.

Com este escopo, espera-se ter contribuído para a reafirmação dos princípios constitucionais e convencionais do processo penal, corolários do regime democrático, e que põe no lugar próprio o Poder Judiciário, cuja função é primordial para a defesa das garantias individuais, notadamente a dignidade da pessoa humana, princípio fundante do Estado Democrático de Direito.

REFERÊNCIAS

ALONSO, Pedro Aragoneses. **Proceso y derecho processal** (Introduccion). 2 ed. Madrid: Editoriales de Derecho Reunidas, 1960.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo. GRINOVER, Ada Pellegrini. DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 21 ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

CORDERO, Franco. **Guida ala prodecura penale**. Torino: Unione Tipografico – Editrice Torinese, 1986.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **A lide e o conteúdo do processo penal**. Curitiba: Juruá, 1998.

CHOUKR, Falzi Hassan. **Iniciação ao Processo Penal**. 2 ed. Florianópolis: Tiran lo Blanch, 2018.

GOLDSCHMIDT, James. **Principios generales del proceso**. Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa-America, 1961, Vol. II.

GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **Motivação das decisões penais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

KHALED JR., Salah H. O uso indevido de categorias do Processo Civil no Processo Penal. In: TOMAZINI, Andressa (Org.). **Ciências Criminais: uma introdução**. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018, Cap. 2, p. 61-70.

LOPES JR., AURY. (Re) Discutindo o objeto do processo penal com Jaime Guasp e James Goldschmidt. In: **REVISTA DE ESTUDOS CRIMINAIS**. Porto Alegre: IITEC, 2002, v. 2, n. 6, p.124-143.

_____. **Direito Processual Penal**. 15 ed. São Paulo: Saraiva, 2018a.

_____. **Fundamentos do Processo Penal**: introdução crítica. São Paulo: Saraiva, 2018b.

MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. **Justa causa para a ação penal – doutrina e jurisprudência**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

SARLET, Ingo Wolfgang. Marinoni, Luiz Guilherme. MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

STECK, Lenio Luiz. OLIVEIRA, Rafael Tomaz. **O que é isto – as garantias processuais penais?**. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2019.

TESHEINER, José Maria Rosa. THAMAY, Renan Maria Krüger. **Teoria geral do processo**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

WINDSCHEID, Bernard. MUTHER, Theodor. **Polemica sobre la “Actio”**. Tomás A. Banhzaf (trad.). Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa-America, 1974.

DO PROCESSO PENAL AO CÍVEL: A METÁSTASE DO IN DUBIO PRO SOCIETATE

Paulo Thiago Fernandes Dias¹

Sara Alacoque Guerra Zaghout²

Tiago Lorenzini Cunha³

Resumo: Este trabalho se dedica à abordagem crítica da utilização cada vez mais extensiva e indiscriminada do *in dubio pro societate* no Direito brasileiro. A despeito da flagrante inconstitucionalidade que tal prática caracteriza, o *in dubio pro societate*, além de procedimentos de natureza criminal, também vem sendo aplicado naqueles voltados à apuração e responsabilização pela prática de atos de improbidade administrativa. Para tanto, a pesquisa contempla um levantamento, via rede mundial de computadores, de casos cíveis e criminais julgados pelo Superior Tribunal de Justiça em 2019, nos quais se verificou a incidência do *in dubio pro societate*, em procedimentos penais e cíveis. O que explica a resistência do Sistema de Justiça em relação ao direito fundamental à presunção de inocência? A ampliação das hipóteses de incidência do *in dubio pro societate* demonstra a dificuldade em romper com práticas processuais auto-

-
- 1 Doutorando em Direito Público no Programa de Pós-Graduação *stricto sensu* em Direito da Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS). Mestre em Ciências Criminais pelo Programa de Pós-graduação *stricto sensu* em Ciências Criminais da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS). Graduado em Direito pela Universidade Federal do Pará (UFPA). Professor, em nível de graduação, de Direito Penal na UNICEUMA/ITZ e de Direito Processual Penal na Faculdade UNISULMA-IESMA. Advogado.
 - 2 Doutoranda em Direito Público pelo Programa de Pós-Graduação *stricto sensu* em Direito da Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS). Bolsista CAPES/PROEX. Mestra em Ciências Criminais pelo Programa de Pós-graduação *stricto sensu* em Ciências Criminais da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS). Graduada em Direito pela Faculdade de Imperatriz. Advogada.
 - 3 Doutorando em Ciências Criminais pela PUCRS na linha de violência e segurança pública. Atualmente bolsista CAPES-PRINT e estudante de pesquisa associado ao Departamento de Direito da Universidade de Queen Mary de Londres. Membro da diretoria executiva do Instituto Brasileiro de Criminologia Cultural. Mestre em Ciências Criminais pela PUCRS. Graduado no curso de especialização em Direito Penal e Política Criminal: Sistema Constitucional e Direitos Humanos pela UFRGS. Graduado em Direito pela PUCRS. Advogado criminalista. Lattes: lattes.cnpq.br/1150674172857468. E-mail: tiagolorenzini@hotmail.com

ritárias no Brasil.

Palavras-chave: In dubio pro societate, Processo Penal, Improbidade Administrativa, Presunção de Inocência, Autoritarismo.

Abstract: This paper is dedicated to the critical approach of the increasingly extensive and indiscriminate use of in dubio pro societate in Brazilian law. Despite the flagrant unconstitutionality that such practice characterizes, in dubio pro societate, in addition to criminal proceedings, has also been applied to those aimed at investigating and holding responsible for acts of administrative misconduct. To this end, the research includes a survey, via the world wide web, of civil and criminal cases judged by the Superior Court of Justice in 2019, which verified the incidence of in dubio pro societate, in criminal and civil proceedings. What explains the resistance of the justice system to the fundamental right to presumption of innocence? The broadening of the hypotheses of incidence of in dubio pro societate demonstrates the difficulty in breaking with authoritarian procedural practices in Brazil.

Keywords: in dubio pro societate, Criminal proceedings, Administrative dishonesty, Presumption of Innocence, Authoritarianism.

INTRODUÇÃO

Trata-se de trabalho científico dedicado ao estudo do direito fundamental à presunção de inocência, porém a partir de sua desconsideração, principalmente em razão do desprestígio a uma de suas regras mais célebres - in dubio pro reo - para o denominado *in dubio contra reum* (que equivocadamente é tratado como espécie de princípio por setores doutrinários e do Sistema de Justiça Criminal, consoante Paulo Dias⁴).

O in dubio contra reum, mais conhecido e utilizado no Brasil pela expressão de igual sentido in dubio pro societate, possuía ampla vinculação ideológica com o Direito Processual Penal do III Reich, calcado na negação da presunção de inocência, conforme Faria Costa⁵. Ainda que já fosse sensível reconhecer o

4 DIAS, Paulo Thiago Fernandes Dias. **A decisão de pronúncia baseada no in dubio pro societate**. Florianópolis: EMais editora, 2018

5 FARIA COSTA, José de. **Noções fundamentais de direito penal: fragmenta iuris poenalis**. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2012. p. 75.

autoritarismo processual penal brasileiro antes da entrada em vigor do Código de Processo Penal de 1941, este Diploma, inspirado em parte no Estatuto processual penal da Itália Fascista, acolheu a regra do *in dubio contra reum*, porém com o sinônimo, quase que eufemístico, do *in dubio pro societate*⁶. Assim, conforme Geraldo Prado, “o recurso linguístico encontrado para ocultar o sentido da inversão ideológica da presunção de inocência consistiu na adoção da máxima *in dubio pro societate*, que operou como «fachada linguística»”⁷.

Segundo essa regra, define-se que a solução da dúvida se resolve contra o interesse da pessoa submetida ao processamento, à investigação e/ou a julgamento. Opta-se, portanto, pela adoção de uma ideologia enraizada na premissa de que a pessoa submetida a uma investigação ou a um processo criminal não faz parte daquele todo, daquela coletividade, daquele significante mais nobre (ainda que difuso), cujo interesse deve prevalecer em relação às pretensões do indivíduo processado ou investigado.

A despeito da promulgação do Texto Constitucional de 1988 e da ratificação de Tratados Internacionais que versem sobre Direitos Humanos, nos quais o princípio da presunção de inocência se faz formalmente presente, o *in dubio contra reum* segue prestigiado em decisões judiciais, obras jurídicas e pareceres ministeriais, dentre outros documentos.

Entretanto, se a Constituição da República não consagra o princípio da presunção de culpabilidade, que empresta validade à regra do *in dubio contra reum*, como explicar a insistência com norma deveras impregnada de autoritarismo? Aliás, como explicar a expansão de referida regra para os mais diversos procedimentos, inclusive aqueles de natureza não criminal?

São problemas que se fazem presentes no desenvolvimento desta pesquisa, metodologicamente classificada como qualitativa e dedicada à revisão bibliográfica sobre a matéria, também a partir da análise de casos apreciados pelo Poder Judiciário brasileiro nos últimos anos e no quais o *in dubio contra reum* tenha sido invocado.

Parte-se, portanto, da hipótese de que o *in dubio contra reum* ou *pro societate*, através da recorrente aplicação que vem recebendo por setores do Sistema de Justiça, conserva e reforça a natureza autoritária do Processo Penal Brasileiro, mesmo após o advento da Constituição da República de 1988.

6 Por possuírem a mesma essência, esta pesquisa também tratará o *in dubio contra reum* ou *pro societate* como expressões sinônimas.

7 PRADO, Geraldo. **Prova penal e sistema de controles epistêmicos: a quebra da cadeia de custódia das provas obtidas por métodos ocultos**. São Paulo: Marcial Pons, 2014. p. 29.

A pesquisa se revela atual e importante, auxiliando nas discussões acadêmicas e forenses sobre a natureza do Processo Penal que se pretende consagrar no país: se fundado em pilares constitucionais e democráticos ou ainda preso a ideologias autoritárias que remetem a regimes políticos nefastos do século XX.

O artigo então se divide em dois momentos. No primeiro, discorre-se sobre a aplicação do *in dubio pro societate* nos feitos processuais penais, reportando-se à sua procedência autoritária, com destaque para a sua ligação com o nazismo e com o fascismo. Enquanto que o segundo capítulo mostrará como, também em sede do julgamento de ações de improbidade administrativa, o *in dubio pro societate* vem sendo, inconstitucionalmente, aplicado.

1 A APLICAÇÃO DO IN DUBIO CONTRA REUM NOS PROCESSOS CRIMINAIS

Em consulta simples no sítio eletrônico do Supremo Tribunal Federal, observa-se que o *in dubio contra reum* ou *pro societate* foi utilizado inicialmente no julgamento do RHC 32685/DF, em 19 de agosto de 1953, cuja relatoria ficou a cargo do Ministro Orozimbo Nonato, ocasião em que o recurso foi negado ao réu com base na “presunção *pro societate* da procedência do libelo”, mantendo-se a prisão preventiva do paciente e recorrente (STF, 1954, on-line). Com outros dizeres, o Tribunal entendeu pela presença de justa causa para a manutenção da prisão processual do paciente, sob o argumento de que a privação da liberdade correspondia ao interesse da coletividade.

Entretanto, trata-se apenas de uma menção explícita à regra do *in dubio contra reum*, posto que mesmo antes do advento do Código de Processo Penal de 1941, o Supremo Tribunal Federal já encampava essa ideologia. A título de ilustração, cita-se o célebre julgamento do pedido de Habeas Corpus n. 26155/DF, na data de 16 de junho de 1936, relatado pelo Ministro Bento de Faria, no qual se negou a ordem em favor da paciente Olga Benário, posteriormente expulsa do território brasileiro e entregue, grávida, ao governo alemão, o qual, a sua vez, promoveu à internação de Benário num dos campos de concentração da Alemanha Nazista. Ainda nesse caso, prevaleceu o suposto interesse público em ver uma mulher grávida, enquadrada pela Lei de Segurança Nacional como perigosa, expulsa do país (STF, 1936, on-line)⁸.

8 O caso contém peculiaridades outras que não serão exploradas neste artigo. Ressalta-se que o pedido de Habeas Corpus não foi conhecido pela maioria do pleno. Ademais, e de forma incomum, o pedido formulado no referido Habeas Corpus era no sentido da manutenção da prisão de Olga Benário, com vistas a evitar a sua expulsão para país hostil (Olga era judia e na Alemanha se colocava em prática uma grave e indefensável po-

Para dar uma dimensão da incidência do *in dubio pro societate* no Direito brasileiro, optou-se pela coleta de dados, tendo como referência processos julgados, em 2019, pelo Superior Tribunal de Justiça, sendo que neste tópico serão destacados os feitos de natureza criminal.

Assim, no campo referente à pesquisa livre de jurisprudência, inseriram-se os seguintes termos “*in dubio pro societate*”. Tomou-se o cuidado de conferir se o teor das ementas possuía equivalência em relação ao conteúdo dos votos vencedores dos respectivos acórdãos. Nessa esteira, considerando-se apenas os acórdãos publicados em 2019, até o encerramento deste artigo, 46 julgados foram destacados pelo sistema de pesquisa virtual do Tribunal, dos quais 29 eram de natureza criminal. Desse universo de 29 feitos criminais, em 23 o Superior Tribunal de Justiça aplicou o *in dubio pro societate* nos seguintes julgados: RHC 111799/MS; RHC 102252/SP; RHC 93154/SC; RHC 92649 (Acórdão); RHC 102128 (Acórdão); AgRg no AREsp 1336744 (Acórdão); RHC 109737 (Acórdão); HC 430386 (Acórdão); AgRg no AREsp 1257276 (Acórdão); AgRg no AREsp 1363973 (Acórdão); RHC 102919 (Acórdão); AgRg no AREsp 1280071 (Acórdão); AgRg no REsp 1730559 (Acórdão); HC 371534 (Acórdão); AgRg no REsp 1790603 (Acórdão); RHC 90109 (Acórdão); AgRg no AREsp 1276888 (Acórdão); RHC 108054 (Acórdão); RHC 107484 (Acórdão); HC 416625 (Acórdão); RHC 99543 (Acórdão); RHC 91358 (Acórdão); RHC 77836 (Acórdão).

Considerando esse panorama, é preciso discorrer sobre a problemática aplicação do *in dubio pro societate* pelo Sistema de Justiça brasileiro, pois o *in dubio contra reum* ou *pro societate* tem como fundamento a pretensão de ordem punitiva ou condenatória, a partir de uma alegada oposição entre interesses particulares (do acusado) e coletivos (da sociedade). Com outros dizeres, esse raciocínio parte do pressuposto de que a pessoa sujeita à persecução penal (ainda que na condição de investigada) não mais integra a sociedade, não mais faz parte daquela noção de todo (pois não existe o todo, sem a parte).

Essa ideia excludente (entre sociedade e acusado) foi muito explorada pela doutrina processual penal do nacional-socialismo alemão, na linha de que o criminoso, ao praticar o delito, excluía a si mesmo “da comunidade do povo”, o que justificaria todo um conjunto de esforços persecutórios e punitivos pelo Estado contra esse indivíduo, justificando, inclusive, a eliminação do indivíduo excluído⁹.

lítica antissemítica). Para maiores informações sobre o caso, vide GODOY, Arnaldo dos Sampaio de Moraes. A história do Direito entre foices, martelos e togas. São Paulo: QuartierLatin, 2008.

9 RODRÍGUEZ, Javier Llobet. **Nacional-socialismo e antigarantismo penal (1933-1945)**. São Paulo: Tirant

Assim, com tal argumentação, o interesse público (ou da sociedade), por mais abstrato, impreciso e vago que seja, passou a integrar as relações processuais penais entre o Estado e o particular (processado). Não raro, as decisões (condenatórias) pendem(ram) para o suposto interesse coletivo, o que vem se verificando no aumento significativo e anual da população carcerária brasileira.

Conforme Rubens Casara e Pedro Melchior, ao aplicar-se o *in dubio contra reum* ou *pro societate*, inverte-se a lógica do sistema, que passa a trabalhar com uma presunção de culpa, bem ao estilo do Direito Canônico adotado na Inquisição, confundindo-se as noções de crime e pecado. Em apertada síntese: basta que o Estado aponte alguém como responsável pela prática de um crime. A presunção de culpa se estabelece, quando, por exemplo, decreta-se uma prisão processual com base no interesse coletivo, o qual, hodiernamente, segue sem definição clara, conforme destacam os autores:

A retórica punitiva encerrada no critério do “*in dubio pro societate*” reforça, no processo penal, a presunção que vincula as noções de crime/pecado e culpa (em outras palavras, presume-se culpado aquele a quem o Estado atribui uma conduta criminosa). A despeito da forma com que o continente europeu metabolizou a influência do direito romano-canônico no transcorrer da história, o fato é que a sua recepção por diversas legislações laicas da Europa continental e, depois, da América, forneceu um repertório cultural que aponta para uma maneira de ver a vida e compreender o desvio, a culpa, os mecanismos de “penitência” e, como consequência, o processo penal¹⁰.

Demarcar a natureza ideológica do *in dubio contra reum* é fundamental para compreender o teor do processo penal praticado (e ensinado¹¹) no Brasil, consideravelmente distante do desenho constitucional traçado pela Constituição da República. A ignorância quanto à procedência ou à vinculação ideológica das coisas demarca bem a (má) qualidade e o autoritarismo do Direito posto em prática em termos processuais penais¹².

O *in dubio pro societate* é manifestamente incompatível com a presunção de inocência, haja vista que a doutrina processual penal brasileira acentua que esse direito fundamental se concretiza em três dimensões distintas: enquanto regra de tratamento, como regra de Estado e também como regra de juízo¹³. Em

lo blanch, 2019, p. 357.

10 MELCHIOR, Antonio Pedro; CASARA, Rubens R R. **Teoria do processo penal brasileiro**: dogmática e crítica. Vol. 1. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013, p. 420-421.

11 CUNHA, Rogério Sanches. O *in dubio pro societate* no rito especial do júri. **Meu site jurídico**. Disponível em: <https://meusitejuridico.jusbrasil.com.br/artigos/698737409/o-in-dubio-pro-societate-no-rito-especial-do-juri>. Acesso em 28 set. 2019.

12 E, conforme adiante trabalhado, não apenas em sede de processos penais, mas também no bojo de feitos de natureza cível.

13 CASARA, Rubens R. R. **Processo penal do espetáculo**. Florianópolis: Empório do Direito, 2015. p. 32/34.

igual magistério, Zanoide de Moraes observa três significados da aplicação prática do princípio da presunção de inocência, quais sejam: norma de tratamento (deve-se evitar o não tratamento do acusado como inocente até o advento ou não do trânsito em julgado da condenação), norma probatória (relacionada à carga probatória: fixando o sujeito, o objeto e o modo probatórios) e norma de juízo (uma vez já colhido o material probatório e em caso de sua insuficiência, o magistrado deve absolver o acusado)¹⁴.

A presunção de inocência determina ainda “[...] que qualquer mudança numa situação jurídica está condicionada pela manifestação das partes nela envolvidas e, sendo assim, o ônus da prova cabe a quem alega o feito”¹⁵.

A presunção de inocência era rechaçada pelo nacional-socialismo, dando-se, entre as razões para isso, a concepção do processo como modo de limpar a honra do imputado. Devido a que sua honra tinha sido posta em dúvida, deveria o imputado limpar no processo penal a sua honra. Neste sentido, indicou Erik Wolf que o imputado é, por cento, no processo penal, um compatriota, e como tal deve ser tratado. Mas entre todos, deve ser o imputado quem menos invoque tal qualidade, já que através da suspeita de deslealdade ou de traição, no mínimo deve colocar-se em dúvida que a suspeita que pesava sobre ele ou expiou a culpa provada – assinalou –, encontra-se ele, de novo com todos os restantes compatriotas em fila. Como consequência lógica, negou Wolf a existência de uma presunção de inocência: as ideias fundamentais do processo penal – disse – não devem ser edificadas sobre o caso de exceção de que o imputado seja inocente, mas devem contar com o caso normal de que o imputado seja o autor¹⁶.

Ressalta-se que o direito processual penal do nacional-socialismo era fundado no racismo, razão pela qual, não se considerava como compatriota a pessoa que não se enquadrasse nos padrões do arianismo. A esse conjunto de características étnicas e religiosas, que compõe o conceito de compatriota, Zaffaroni denomina como ‘racismo jurídico’, por meio do qual “a partir do mito da raça ária adotado como central na concepção nazista do mundo, o direito que dela se derive terá como missão fundamental a preservação dessa suposta natureza”¹⁷.

Comprova-se com essas considerações, que o nacional-socialismo cunhou, com bases autoritárias e racistas, tanto um Direito Penal do Autor, quanto um Direito Processual Penal do Autor, em total desprezo à observância de direitos e

14 MORAES, Maurício Zanoide de. **Presunção de inocência no processo penal brasileiro**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 424 e ss.

15 SILVA, Monica Paraguassu Correia da. **Presunção de Inocência**. Niterói: Editora da UFF, 2011, p. 63.

16 RODRÍGUEZ, Javier Llobet. **Nacional-socialismo e antigarantismo penal (1933-1945)**. São Paulo: Tirant lo blanch, 2019, p. 361.

17 ZAFFARONI, Eugenio Raul. **Doutrina penal nazista**. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2019, p. 47.

garantias fundamentais, tais como a dignidade humana e a presunção de inocência (da qual decorre a regra do *in dubio pro reo*).

Essa ideologia autoritária (*in dubio contra reum*), além do direito nazista, estruturou também a Santa Inquisição¹⁸, o processo penal fascista italiano¹⁹, servindo ainda de espinha dorsal ideológica para o processo penal implantado durante o Estado Novo no Brasil. Código de Processo Penal este ainda vigente, na sua essência, inclusive, após a promulgação da Constituição de 1988, da ratificação de Tratados Internacionais sobre Direitos Humanos e de passar por reformas tópicas), reforçando como o disposto em sua exposição de motivos não foi superado: “Urge que seja abolida a injustificável primazia do interesse do indivíduo sobre o da tutela social. Não se pode continuar a contemporizar com pseudodireitos individuais em prejuízo do bem comum”²⁰.

Reportando-se ao Direito Processual Penal fascista, Vincenzo Manzini destaca que a real função do processo penal é de natureza punitiva, repressiva, não havendo espaço para a tutela da presunção de inocência, reforçando que a prova da prática do delito pode ser obtida através de iniciativa probatória do órgão julgador. Segundo esse processualista italiano

*[...] el interés fundamental que determina el proceso penal, es el de llegar a la punibilidad del culpable, [...]; no ya el interés de llegar a la proclamación de la inocencia o de la moralidad del inculgado*²¹.

Somente nesse contexto, de instrumentalização autoritária do processo penal para fins repressivos, é que se concebe a aplicação da regra do *in dubio pro societate*. Não por acaso, acentua-se que o desprezo em face da presunção de inocência e a gestão da prova nas mãos do juiz são duas das principais influências fascistas ainda presentes no Direito Processual Penal brasileiro²².

2 O IN DUBIO PRO SOCIETATE NAS AÇÕES DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

Para fins de apresentação da matéria, realizou-se pesquisa no sítio eletrônico do Superior Tribunal de Justiça, ocasião em que se verificou, para além de pro-

18 EYMERICH, Nicolau. **Manual dos inquisidores**. Rio de Janeiro: Rosa dos Tempos, 1993. p. 122.

19 KHALED JR, Salah H. Me ne frego: a presunção de inocência apunhalada pelo STF. **Boletim do IBC-CRIM**, São Paulo, n. 281, v. 24, p. 05-07, 2016. p. 05.

20 BRASIL. **Vade Mecum Saraiva**. 2. ed. Atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 597.

21 MANZINI, Vincenzo. **Tratado de derecho procesal penal**. Tomo I. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1951. p. 250.

22 AMARAL, Augusto Jobim do. A pré-ocupação de inocência no processo penal. **Revista da Faculdade de Direito UFMG**, Belo Horizonte, n. 62, p. 85-115, jan./jun. 2013.

cessos penais, a aplicação por esse órgão jurisdicional do *in dubio pro societate* em demandas de natureza cível.

Verificou-se então que, até o fechamento deste texto, somente em 2019, o Superior Tribunal de Justiça reconheceu a incidência do *in dubio pro societate* em 13 processos instaurados no julgamento de casos cíveis, especialmente as ações de improbidade administrativa²³.

Desse universo de 46 julgados, 17 eram cíveis. Destes, em 13, o Tribunal da Cidadania (STJ) decidiu pela aplicação do *in dubio pro societate* nos seguintes casos: AgInt no REsp 1728650/SP; AgInt no AREsp 985406 (Acórdão); REsp 1789492 (Acórdão); AgInt no AREsp 1336433 (Acórdão); AgInt no AREsp 1371873 (Acórdão); AgInt no AREsp 1362803 (Acórdão); REsp 1792294 (Acórdão); AgInt no AREsp 1305372; AgInt no AREsp 1308103 (Acórdão); AgInt no AREsp 1149211 (Acórdão); AgInt nos EDv nos EREsp 1428945 (Acórdão); AgInt no REsp 1746718 (Acórdão); AgInt no REsp 1742600 (Acórdão).

A despeito da flagrante inconstitucionalidade que tal prática caracteriza, o *in dubio pro societate*, além de procedimentos de natureza criminal, também vem sendo aplicado naqueles voltados à apuração e responsabilização pela prática de atos de improbidade administrativa²⁴.

A Lei 8.429/92 (Lei de Improbidade Administrativa) teve como objetivo estabelecer os limites jurídicos ao conceito de improbidade administrativa e suas decorrências na esfera cível, independentemente das searas penais e administra-

23 A pesquisa se deu através do sítio eletrônico do Superior Tribunal de Justiça. No campo referente à pesquisa livre de jurisprudência, inseriram-se os seguintes termos “*in dubio pro societate*”. Tomando o devido cuidado de conferir se o teor das ementas possuía equivalência em relação ao conteúdo dos votos vencedores dos respectivos acórdãos. Ou seja, o mesmo critério adotado em relação aos feitos cíveis foi observado em relação aos de natureza penal.

24 O termo “improbidade” denota o seguinte significado: “Derivado do latim “*improbitas*” (má qualidade, imoralidade, malícia), juridicamente liga-se ao sentido de desonestidade, má fama, incorreção, má conduta, má índole, mau caráter. Desse modo, improbidade revela a qualidade do homem que não procede bem, por não ser honesto, que age indignamente, por não ter caráter, que não atua com decência, por ser amoral. Improbidade é a qualidade do ímprobo. E ímprobo é o mau moralmente, é o incorreto, o transgressor das regras da lei e da moral”. (SILVA, De Plácido e, 1982-1964. **Vocabulário Jurídico Conciso**; atualizadores Nagib Slaibi Filho e Gláucia Carvalho. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p.420). Para Pazzaglini Filho, improbidade administrativa pode ser conceituada como “a chamada corrupção administrativa, que, sob diversas formas, promove o desvirtuamento da Administração Pública e afronta os princípios nucleares da ordem jurídica (Estado de Direito, Democrático e Republicano), revelando-se pela obtenção de vantagens patrimoniais indevidas às expensas do erário, pelo exercício nocivo das funções e empregos públicos, pelo “tráfico de influência” nas esferas da Administração Pública e pelo favorecimento de poucos em detrimento da sociedade, mediante a concessão de obséquios e privilégios ilícitos. Na ontologia jurídica, a improbidade administrativa é um fato jurídico e, como tal, uma conduta humana positiva ou negativa, de efeitos jurídicos involuntários. [...] De forma geral, a improbidade administrativa não reclama tanta elaboração para que seja reconhecida. Estará caracterizada sempre que a conduta administrativa contrastar qualquer dos princípios fixados no art. 137 *caput* da CF (legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade)”. (PAZZAGLINI FILHO, Marino. **Improbidade Administrativa**: aspectos jurídicos da defesa do patrimônio público/Marino Pazzaglini Filho, Márcio Fernando Elias Rosa, Waldo Fazzio Júnior. – 3ª Edição. São Paulo: Atlas, 1998, p. 39, 40).

tivas²⁵. Este diploma legislativo não esgotou as competências das entidades administrativas no que diz respeito às apurações da prática de atos de improbidade administrativa, mas demarcou as fronteiras das espécies de atos ímprobos, sancionando tais comportamentos em esfera distinta da disciplinar ou mesmo penal, preservando-as²⁶.

As apurações da prática de atos de improbidade administrativa poderão se desenvolver administrativamente, quando prevista a conduta indisciplinar do art. 32, IV, da Lei nº 8.112/90, e penalmente, quando ensejar a prática de tipo criminal expresso na legislação penal, e, também, civilmente, nos parâmetros da própria Lei nº 8.429/92²⁷.

Ou seja, poderá haver a concomitância entre as instâncias administrativa, civil e penal. Enquanto a administrativa examina a falta funcional (ilícito administrativo) pelo exercício de ato de improbidade administrativa, de um lado a instância civil vai examinar o mesmo ato e suas consequências civis, empregando as sanções previstas na Lei nº 8.429/92, e do outro, a seara penal vai examinar a possível prática de crime, a partir do rito estabelecido pelo processo penal²⁸.

Apesar de se tratar de uma ação que tramita na esfera cível, os princípios que norteiam o processo são os do processo penal e não os do processo civil, uma vez que as sanções disciplinadas pelo art. 12 da Lei 8.249/92 possuem natureza sancionatória penal²⁹. O que se quer dizer é que a Lei de Improbidade tem viés eminentemente sancionador, suas penas, muitas vezes, são até mais duras do que aquelas previstas no Código Penal.

25 Para Fábio Osório, as ações penais e de improbidade se assemelham pelo rito e pelo regime jurídico punitivo. Uma vez que aos processos de improbidade se aplicam o regime jurídico do direito administrativo sancionador, e aos processos criminais o regime do direito penal. Os dois estão envoltos no devido processo legal constitucional e ao crescente tratamento unitário do jus puniendi estatal no ciclo punitivo. (OSÓRIO, Fábio Medina. Conceito de in dubio pro societate deve ser repensado à luz da justa causa. In: **Revista Consultor Jurídico**, 27/01/2017. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2017-jan-27/medina-osorio-in-dubio-pro-societate-repensado>>. Acesso em: 27/11/2019)

26 CGU – Controladoria Geral da União. **Manual de processo administrativo disciplinar**. Brasília: CGU, 2017

27 CGU – Controladoria Geral da União. **Manual de processo administrativo disciplinar**. Brasília: CGU, 2017

28 CGU – Controladoria Geral da União. **Manual de processo administrativo disciplinar**. Brasília: CGU, 2017

29 Salienta-se que o fato da Lei de Improbidade Administrativa não trazer medida sancionatória privativa de liberdade não afasta a natureza penal de suas sanções. As sanções do art. 12 da Lei de Improbidade Administrativa nada mais são do que penas aplicadas em decorrência da violação aos preceitos primários dos arts. 9º, 10 e 11, onde tipifica-se os atos ímprobos. No mais, a Lei de Improbidade Administrativa prevê rigorosas sanções, a ponto de trazer a suspensão dos direitos políticos do acusado, ou seja, durante determinado período de tempo, a pessoa pode vir a ser apenada por uma sanção que lhe diminui, ainda que de forma temporária, o exercício da sua cidadania, que em Direito significa condição da pessoa natural de, como parte integrante de uma sociedade política organizada, membro de um Estado, participar da vida política deste Estado. (BERTI, Marcio Guedes. A natureza penal da lei de improbidade administrativa. **Revista Jurídica JusVox** Ano 1, N.02. jul. 2016. Disponível em: <<http://www.jusvox.com.br/revista/edicoes-antiores/item/151-a-natureza-penal-da-lei-de-improbidade-administrativa.html>>. Acesso em: 23/11/2019)

Segundo entendimento de Garcia e Alves, a aplicação das sanções previstas na Lei de Improbidade administrativa deverá ser direcionada pelos princípios básicos norteadores do direito penal, onde “assumirá uma posição subsidiária no exercício do poder sancionador do Estado, já que este, deflui de uma origem comum, e as normas penais, em razão de sua maior severidade, outorgam garantias mais amplas ao cidadão”³⁰.

A partir de tal entendimento, é seguro afirmar que no campo da improbidade administrativa se aplicam os princípios da presunção da inocência, do direito ao silêncio e do princípio do *nemo tenetur se detegere*, visto que, repita-se: é inegável a natureza penal das sanções por ato de improbidade administrativa³¹.

Porém, o que se observa é que uma flagrante mitigação de diversos direitos e garantias individuais sob o fundamento de que em se tratando de ato de improbidade administrativa, a presunção milita em favor da sociedade, onde o acusado de ímprobo possui em seu desfavor uma presunção de que realmente praticou o ato que lhe é imputado, a ponto de se observar que há quase que uma inversão indevida do ônus probatório.

Ademais, apesar de se tratar de uma ação de natureza civil, esta segue um rito um pouco distinto das ações cíveis comuns, que acontece logo no seu início, que é a fase da manifestação preliminar do requerido. O art. 17, §7º do diploma em questão estabelece que “estando a inicial em devida forma, o juiz mandará autuá-la e ordenará a notificação do requerido, para oferecer manifestação por escrito, que poderá ser instruída com documentos e justificações, dentro do prazo de quinze dias”³².

Assim, após a manifestação preliminar do requerido, o processo retorna para o juiz deliberar se acolhe ou não a ação, isto nos termos do §8º do art. 17 da Lei, que dispõe: “Recebida a manifestação, o juiz, no prazo de trinta dias, em decisão fundamentada, rejeitará a ação, se convencido da inexistência do ato de improbidade, da improcedência da ação ou da inadequação da via eleita.”³³

Acontece que, pela redação do §8º do artigo 17 dessa lei, o juiz apenas deverá fundamentar sua decisão no caso de negar o recebimento da ação, não

30 GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. **Improbidade Administrativa**. 1ª edição, 2º tiragem. Rio de Janeiro, Editora Lumem Juris, 2002, p. 341.

31 BERTI, Marcio Guedes. A natureza penal da lei de improbidade administrativa. **Revista Jurídica JusVox** Ano 1, N.02. jul. 2016. Disponível em: <<http://www.jusvox.com.br/revista/edicoes-antiores/item/151-a-natureza-penal-da-lei-de-improbidade-administrativa.html>>. Acesso em: 23/11/2019

32 BRASIL. Lei nº. 8.429, de 2 de junho de 1992. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18429.htm> Acesso em 12/11/2019

33 BRASIL. Lei nº. 8.429, de 2 de junho de 1992. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18429.htm> Acesso em 12/11/2019

tendo a obrigação de fundamentar caso resolva por aceita-la. O resultado disso é o recebimento de diversas ações de improbidade administrativa sem maiores fundamentações, onde muitos juízes, ao receberem as ações, usam como único argumento a existência de meros indícios (sem apontá-los expressamente) e o respeito ao princípio do *in dubio pro societate*³⁴.

Processos baseados em leves indícios não devem ser admitidos pelo Judiciário. O *in dubio pro societate*, na fase de recebimento da denúncia ou de uma ação civil pública de improbidade, há de ser repensado à luz do princípio da justa causa da ação punitiva, e tendo em conta os poderes investigatórios cada vez mais amplos das autoridades públicas. É hora de se redefinir as exigências para o recebimento de uma peça acusatória nesse cenário, pois nada impede que as autoridades prosigam em suas investigações exaustivamente, até que esgotem o conhecimento da matéria, antes de submeter alguém ao constrangimento do processo judicial. Um sinal dos novos tempos é a quantidade de medidas cautelares que muitas vezes são requeridas em processos punitivos, tais como prisões preventivas, bloqueios patrimoniais ou quebras de sigilos. Essa tendência de exacerbação das cautelares realça que os processos exigem robustez de elementos de convencimento também para sua instauração. O recebimento de uma denúncia ou de uma ação de improbidade gera múltiplos efeitos na vida das pessoas físicas ou jurídicas, disso resultando a importância da atividade preliminar de investigação³⁵.

Se, como se disse no capítulo primeiro, a desconsideração da presunção de inocência não encontra qualquer consonância constitucional em feitos processuais penais, entendimento igual deve ser adotado para os processos sobre improbidade administrativa. Nesse diapasão, Ulisses De Souza reforça a crítica à inversão da presunção de inocência, nos feitos processuais que versem sobre improbidade administrativa, em decorrência da aplicação da autoritária regra do *in dubio pro societate*:

A culpabilidade do acusado precisa ser demonstrada na inicial acusatória. Essa tarefa é ônus de quem acusa. O ônus da prova da culpa — ou do dolo — é de quem afirma a sua existência. [...] É intolerável que — com a simples invocação do princípio do *in dubio pro societate* e com a alegação de que eventuais dúvidas poderão ser sanadas no curso do processo — submeta-se o cidadão ao martírio de ser réu em uma ação penal — ou de improbidade administrativa — fato que, por si só, já representa uma verdadeira sanção, ainda mais em um país em que tais processos

34 Os autores desse texto advogam pela ideia de que, se para negar o prosseguimento da ação o juiz deve fundamentar sua decisão, com igual razão deve fazê-lo quando admitir o seu prosseguimento. Não sendo suficiente a invocação do princípio do *in dubio pro societate*.

35 OSÓRIO, Fábio Medina. Conceito de *in dubio pro societate* deve ser repensado à luz da justa causa. In: **Revista Consultor Jurídico**, 27/01/2017. Disponível em : <<http://www.conjur.com.br/2017-jan-27/medina-osorio-in-dubio-pro-societate-repensado>>. Acesso em: 27/11/2019

demoram décadas para serem julgados. Em um Estado de Direito — que se diz Democrático — não deve haver espaço para a máxima *in dubio pro societate*. O recebimento de uma ação penal — ou de improbidade administrativa — deve ser sempre condicionado à concreta demonstração de todos os elementos necessários à tipificação do ilícito imputado ao réu e, é claro, à existência de justa causa, ou seja, de um suporte probatório mínimo que sirva para lastrear a acusação e que necessita ser concretamente demonstrado³⁶.

Para Ferraz e Dallari não existe uma antinomia entre interesse público e interesse do administrado, onde na verdade, a dúvida deve prevalecer a favor do administrado em face do interesse da Administração. “Trata-se, por certo, de uma guinada de 180 graus na teoria administrativa, sempre marcada pela preponderância da Administração bem como pela suposição pacífica da supremacia do interesse público”. Porém, “tal enfoque descabe no campo do processo administrativo”, principalmente por dois motivos: primeiro “porque o processo administrativo teve sua consideração prestigiada no patamar constitucional, com a natureza de garantia fundamental (CF, art. 5º, LIV e LV)”, de tal modo que “estender ao processo administrativo as mesmas configurações do processo jurisdicional importa levar para ele as tutelas do *in dubio pro reo*, do *in dubio pro operário*”. E segundo “porque o enobrecimento constitucional do processo administrativo impõe que se despoje o Estado-parte do manto da supremacia do Estado-administrador”, com a implicação “de que, no cotejo basilar Administração/administrado, como regra, este será o hipossuficiente, para seu prol carreando, como em qualquer outro tipo de processo, as vantagens do *in dubio*”³⁷.

CONCLUSÃO

Apoiando-se em doutrina estrangeira e nacional, esta pesquisa se debruçou sobre a aplicação do *in dubio pro societate* ou contra reum tanto em feitos processuais penais, quanto em casos cíveis. Destacou-se, portanto, a incompatibilidade de aludida regra com a presunção de inocência e com todo o arcabouço humanístico consagrado na Carta da República e nos Tratados e Convenções internacionais que versam sobre direitos humanos, haja vista que tais diplomas não admitem discriminações de nenhuma natureza, pois, conforme explanado, o *in dubio pro societate* possui íntima ligação com ideologias autoritárias e racistas.

36 SOUZA, Ulisses César Martins de Sousa. Inversão da presunção de inocência com base no *in dubio pro societate*. In: **Revista Consultor Jurídico**, 13/09/2016. Disponível em: < <http://www.conjur.com.br/2016-set-13/inversao-presuncao-inocencia-base-in-dubio-pro-societate>>. Acesso em: 27/11/2019

37 FERRAZ, Sérgio; DALLARI, Adilson Abreu. **Processo Administrativo**. 3ª edição, revista e ampliada, São Paulo, Malheiros Editores LTDA, 2012, p. 254, 255.

Ademais, no atinente aos feitos de improbidade administrativa, o que justifica a desidratação da presunção de inocência, mediante a inversão do ônus da prova contra a pessoa processada? Não há qualquer fundamento normativo que afaste a incidência da presunção de inocência em sede de processos deflagrados para a apuração de atos de improbidade administrativa, não sendo sustentável falar-se em inversão do ônus da prova. Esta afirmação ganha relevo com o disposto no artigo 20 da Lei de Improbidade Administrativa, que exige o trânsito em julgado da condenação para o início dos efeitos relacionados às sanções de perda da função pública e suspensão dos direitos políticos. A presunção de inocência (e o *in dubio pro reo*), portanto, não é de observância restrita aos casos processuais penais.

Há que se resgatar, especialmente no campo da aplicação do Direito pelo Sistema de Justiça, os valores que integram e sustentam o almejado Estado Constitucional e Democrático de Direito. Seguramente, o *in dubio pro societate*, na condição de regra de julgamento, não faz parte desse conjunto de valores civilizatórios.

REFERÊNCIAS

- AMARAL, Augusto Jobim do. A pré-ocupação de inocência no processo penal. **Revista da Faculdade de Direito UFMG**, Belo Horizonte, n. 62, p. 85-115, jan./jun. 2013.
- BERTI, Marcio Guedes. A natureza penal da lei de improbidade administrativa. **Revista Jurídica Jus-Vox** Ano 1, N.02. jul. 2016. Disponível em: <<http://www.jusvox.com.br/revista/edicoes-anteriores/item/151-a-natureza-penal-da-lei-de-improbidade-administrativa.html>> . Acesso em: 23/11/2019.
- BRASIL. **Vade Mecum Saraiva**. 2. ed. Atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2013.
- BRASIL. **Lei nº. 8.429**, de 2 de junho de 1992. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8429.htm> Acesso em 12/11/2019.
- CASARA, Rubens R. R. **Processo penal do espetáculo**. Florianópolis: Empório do Direito, 2015.
- CGU – Controladoria Geral da União. **Manual de processo administrativo disciplinar**. Brasília: CGU, 2017.
- CUNHA, Rogério Sanches. O *in dubio pro societate* no rito especial do júri. **Meu site jurídico**. Disponível em: <https://meusitejuridico.jusbrasil.com.br/artigos/698737409/o-in-dubio-pro-societate-no-rito-especial-do-juri>. Acesso em 28 set. 2019.
- DIAS, Paulo Thiago Fernandes Dias. **A decisão de pronúncia baseada no in dubio pro societate**. Florianópolis: EMais editora, 2018.
- EYMERICH, Nicolau. **Manual dos inquisidores**. Rio de Janeiro: Rosa dos Tempos, 1993.
- FARIA COSTA, José de. **Noções fundamentais de direito penal: fragmenta iuris poenalis**. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2012.
- FERRAZ, Sérgio; DALLARI, Adilson Abreu. **Processo Administrativo**. 3º edição, revista e ampliada, São Paulo, Malheiros Editores LTDA, 2012.

GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. **Improbidade Administrativa**. 1ª edição, 2ª tiragem. Rio de Janeiro, Editora Lumem Juris, 2002.

GODOY, Arnaldo dos Sampaio de Moraes. **A história do Direito entre foices, martelos e togas**. São Paulo: QuartierLatin, 2008.

KHALED JR, Salah H. Me ne frego: a presunção de inocência apunhalada pelo STF. **Boletim do IBC-CRIM**, São Paulo, n. 281, v. 24, p. 05-07, 2016.

MANZINI, Vincenzo. **Tratado de derecho procesal penal**. Tomo I. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1951.

MELCHIOR, Antonio Pedro; CASARA, Rubens R R. **Teoria do processo penal brasileiro: dogmática e crítica**. Vol. 1. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

MORAES, Maurício Zanoide de. **Presunção de inocência no processo penal brasileiro**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

OSÓRIO, Fábio Medina. Conceito de in dubio pro societate deve ser repensado à luz da justa causa. In: **Revista Consultor Jurídico**, 27/01/2017. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2017-jan-27/medina-osorio-in-dubio-pro-societate-repensado>>. Acesso em: 27/11/2019.

PAZZAGLINI FILHO, Marino. **Improbidade Administrativa: aspectos jurídicos da defesa do patrimônio público**/Marino Pazzaglini Filho, Márcio Fernando Elias Rosa, Waldo Fazzio Júnior. – 3ª Edição. São Paulo: Atlas, 1998.

PRADO, Geraldo. **Prova penal e sistema de controles epistêmicos: a quebra da cadeia de custódia das provas obtidas por métodos ocultos**. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

RODRÍGUEZ, Javier Llobet. **Nacional-socialismo e antigarantismo penal (1933-1945)**. São Paulo: Tirant lo blanch, 2019.

SILVA, De Plácido e, 1982-1964. **Vocabulário Jurídico Conciso**; atualizadores Nagib Slaibi Filho e Gláucia Carvalho. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

SILVA, Monica Paraguassu Correia da. **Presunção de Inocência**. Niterói: Editora da UFF, 2011.

SOUZA, Ulisses César Martins de Sousa. Inversão da presunção de inocência com base no in dubio pro societate. In: **Revista Consultor Jurídico**, 13/09/2016. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-set-13/inversao-presuncao-inocencia-base-in-dubio-pro-societate>>. Acesso em: 27/11/2019.

ZAFFARONI, Eugenio Raul. **Doutrina penal nazista**. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2019.

NEOLIBERALISMO E JUSTIÇA DO CONSENSO NO PROCESSO PENAL

Ariel Koch Gomes¹

RESUMO: A presente pesquisa pretende analisar as influências do neoliberalismo no processo penal. O problema de pesquisa a ser abordado é analisar de que modo o neoliberalismo impacta o processo penal de modo a ampliar e a banalizar a justiça do consenso. A metodologia utilizada será exploratória e explicativa, com o procedimento de revisão bibliográfica. O neoliberalismo tem como uma de suas características a ideia de eficiência, cuja aplicação no sistema penal significa: punir mais, de forma mais célere e com o menor custo possível ao Estado – em outras palavras, trata-se da introdução de uma política criminal utilitarista. No processo penal essa política criminal utilitarista causa a adoção do modelo da justiça do consenso, a qual dispensa a jurisdição, resulta sempre numa punição, com um procedimento muito mais célere e com a consequente redução nos custos ao Poder Judiciário.

PALAVRAS-CHAVE: Neoliberalismo, Processo Penal, Justiça do Consenso.

ABSTRACT: This research aims to analyze the influences of neoliberalism in the criminal process. The research problem is to verify how neoliberalism impacts the criminal process, in order to broaden and trivialize the consensual criminal justice. The methodology used will be exploratory and explanatory, with the literature review procedure. Neoliberalism has as one of its characteristics the idea of efficiency, which when applied in the penal system means: to punish more, faster and at the lowest possible cost to the State – which also means the introduction of an utilitarian criminal policy. In criminal proceedings, this utilitarian criminal policy tends to-

¹ Doutorando em Ciências Criminais pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS) – Bolsista pela Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (PROSUC/CAPES). Bacharel em Direito e Mestre em Direito Público pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (Unisinos). *E-mail:* arielkgomes@gmail.com.

wards the adoption of the consensual criminal justice model, which dismisses the jurisdiction and always results in punishment, with a much faster procedure and with the consequent reduction of costs to the Judiciary.

KEYWORDS: Neoliberalism, Criminal Procedure, Consensual Criminal Justice.

INTRODUÇÃO

A justiça do consenso (também denominada de justiça negocial ou de *plea bargaining*) é característica dos países anglo-saxões de tradição jurídica da *common law*, a qual parte de uma estrutura jurídica voltada para a noção de acordos, de negociação. Contudo, no contexto atual é possível verificar uma importação desse modelo de justiça em vários países do Ocidente, inclusive pelos países de tradição romano-germânica, isto é, que adotam a tradição da *civil law*, tais como Itália, Alemanha, Portugal, Chile, Uruguai e, mais recentemente, o Brasil, dentre tantos outros.

Contudo, a importação de modelos jurídicos que partem de tradições tão distintas impacta não somente a racionalidade jurídica, bem como a Constituição, a tradição jurídica do país e as estruturas do Judiciário. Assim, faz-se necessária uma reflexão sobre os fundamentos dessas importações do modelo de justiça negocial pelos países de tradição de uma justiça conflitiva, eis que podem gerar um impacto no Estado Democrático de Direito de modo a violar direitos e garantias fundamentais dos cidadãos. Um dos fundamentos que impacta a sociedade e o Direito é a racionalidade neoliberal, a qual será o foco do trabalho. A metodologia utilizada será exploratória e explicativa, com o procedimento de revisão bibliográfica

A presente pesquisa, que se encontra em fase inicial, pretende, portanto, analisar os impactos do neoliberalismo no processo penal. A governamentalidade neoliberal insere a sociedade numa racionalidade de eficiência ligada à corte de gastos, velocidade, individualismo, dentre outros. Isto é, no âmbito do mercado há um ensejo de retração do Estado, não nos mesmos moldes do Liberalismo clássico (conforme será visto mais adiante), já no âmbito do sistema penal há um ensejo pela sua ampliação, isto é, por maior intervenção estatal. Consequentemente, a racionalidade neoliberal traz para o âmbito do sistema penal a ideia de eficiência atrelada ao aumento do número de prisões, com penas maiores e prisões de forma mais céleres e menos onerosas para o Estado, o que resulta na

redução dos atos processuais para o início do cumprimento da pena.

A partir dessa noção de eficiência neoliberal aplicada ao sistema penal, vários juristas e doutrinadores, bem como Ministros e parlamentares, defendem o modelo da justiça negocial como solução, pois com esse modelo de justiça se garante a punição de forma mais célere e menos onerosa para o Estado. Contudo, a introdução desse modelo de justiça nos países de tradição da *civil law* acaba impactando nos direitos e garantias constitucionais e, conseqüentemente, no Estado Democrático de Direito.

Para proceder com essa análise primeiramente serão expostas algumas características do neoliberalismo mediante um viés crítico, com enfoque nos impactos da ideia de eficiência neoliberal no sistema penal. Após, será feita uma análise de como essa noção de eficiência neoliberal impacta o processo penal de modo a provocar a banalização e a expansão do modelo de justiça negocial.

1 NEOLIBERALISMO: BREVES APONTAMENTOS

O neoliberalismo é um fenômeno multifacetado, que resulta de um conjunto de determinantes históricos convergentes e é difícil precisar o seu início. As primeiras expressões dessa nova tendência já apareceram no fim da Segunda Guerra Mundial. Trata-se de um fenômeno que se adequa às diferentes realidades dos diferentes países, de modo que assume algumas particularidades que se diferenciam entre os Estados. Contudo, há algumas características que são o seu cerne e que transparecem em todos os países que aderiram à racionalidade neoliberal.

Importante ressaltar que muitos autores reduzem o neoliberalismo a um conjunto de políticas econômicas sem se dar conta das conseqüências políticas e sociais: não conseguem abordar a racionalidade política que organiza essas políticas, bem como não percebem que o neoliberalismo vai para muito além do mercado. Além disso, alguns teóricos não capturam o “*neo*” do neoliberalismo, tendendo a tratar o fenômeno contemporâneo pouco mais que um “*revival*” da política econômica liberal clássica. Por fim, tendem a obscurecer o registro especificamente político do neoliberalismo no primeiro mundo: que é a sua poderosa erosão das instituições democráticas liberais.²

As ideias do neoliberalismo começam a germinar de forma mais precisa no início do século XX e um dos primeiros economistas a propor o modelo

2 BROWN, Wendy. *Neoliberalism and the end of liberal democracy*. p. 38. Disponível em: http://lchc.ucsd.edu/cogn_150/Readings/brown.pdf. Acesso em: 24 out. 2019.

neoliberal é Ludwig von Mises. Mas, é um de seus discípulos que terá o papel de líder e patrono da causa: Friedrich von Hayek, austríaco, da Escola Austríaca, com a obra “*O caminho da servidão*”, lançada em 1944, que pode ser apontada como o manifesto inaugural e documento de referência do movimento neoliberal.³ Outro autor muito importante para o neoliberalismo é Milton Friedman, norte-americano, da Escola de Chicago, cuja obra mais famosa é “*Capitalismo e liberdade*”, lançada em 1962. Hayek terá maior impacto na Europa e Friedman na América.

O registro do nascimento do neoliberalismo se deu, de acordo com alguns autores, no Colóquio Walter Lippmann, realizado durante cinco dias em Paris, em 1938, no âmbito do Instituto de Cooperação Intelectual (antecessor da Unesco). Nessa reunião participaram também outros pensadores que marcaram a história do pensamento e da política liberal dos países ocidentais no pós-guerra, como Friedrich Hayek, Jacques Rueff, Raymond Aron, Wilhelm Röpke e Alexander von Rüstow.⁴

O que gerou a ascensão do neoliberalismo no mundo Ocidental foram vários fatores, tais como o aumento da inflação, mais despesas do que receita no Estado, setor público não-produtivo, dentre outros, mas o que provocou o fim do Estado de Bem-Estar Social, para iniciar a introdução do neoliberalismo na prática, foi a crise do petróleo ocorrida no início da década de 1970 que causou efeitos negativos na economia. Além desses fatores, ocorreram diversas mudanças sociais e culturais vivenciadas já a partir do final do século XIX que influenciaram nessa mudança de racionalidade, tais como: o individualismo, a globalização, o relativismo, a aceleração, a sociedade de massas e o conservadorismo social.⁵

A racionalidade neoliberal surge como um descrédito e como uma alternativa ao modelo de Estado vigente na época, que era de um Estado interventor, isto é, surge como uma alternativa a um modelo de Estado que buscava reduzir as desigualdades sociais mediante políticas públicas assistencialistas – políticas essas que significavam uma maior intervenção do Estado na sociedade e na economia.⁶

3 MORAES, Reginaldo. **Neoliberalismo: de onde vem, pra onde vai?**. São Paulo: Editora SENAC São Paulo, 2001. p. 28.

4 Alguns autores afirmam que o registro do nascimento do neoliberalismo se deu com a criação da Sociedade Mont-Pèlerin, em 1947, mas essa Sociedade aparece como um prolongamento da iniciativa do Colóquio Walter Lippmann ocorrido 9 anos antes (DARDOT, Pierre; LAVAL, Christian. **A nova razão do mundo: ensaio sobre a sociedade neoliberal**. Tradução de Mariana Echalar. São Paulo: Boitempo, 2016. p. 71-72).

5 GARLAND, David. **A cultura do controle: crime e ordem social na sociedade contemporânea**. Tradução de André Nascimento. Rio de Janeiro: Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2008. p. 181-191.

6 Milton Friedman, um dos principais autores do neoliberalismo, deixa claro a sua preocupação com a “ameaça à liberdade” causada pelo Estado de Bem-Estar Social: “Aqueles dentre nós que se mostravam profundamente preocupados com a ameaça à liberdade e à prosperidade, representada pelo crescimento da ingerência

Assim, de um Estado “interventor” passa-se para um modelo de Estado que tem como premissa a não intervenção estatal na economia, exceto para a manutenção da concorrência, de modo a possibilitar que a economia, livre e concorrente, gere uma sociedade desenvolvida, equilibrada e com maior liberdade.

Milton Friedman, em sua obra “*Livre para escolher*”, define a liberdade como o bem maior do ser humano e afirma que essa liberdade somente seria possível numa sociedade fora desse modelo de Estado de Bem-Estar Social, em outras palavras, fora de um Estado interventor. Considera que todos os modelos de governo interventores – inclusive o do Estado de Bem-Estar Social – são formas de totalitarismos.⁷

A primeira experiência do neoliberalismo, na prática política-econômica e como racionalidade de um Estado, ocorreu no Chile, depois do golpe de Pinochet em 11 de setembro de 1973 contra o governo democraticamente eleito de Salvador Allende.⁸ Importante destacar que o neoliberalismo chileno pressunha a abolição da democracia e a instalação de uma das mais cruéis ditaduras militares do pós-guerra. E, tanto Hayek quanto Friedman não viam nenhum problema no fato da prática neoliberal não ter democracia, conforme expõe Perry Anderson:

Mas a democracia em si mesma – como explicava incansavelmente Hayek – jamais havia sido um valor central do neoliberalismo. A liberdade e a democracia, explicava Hayek, podiam facilmente tornar-se incompatíveis, se a maioria democrática decidisse interferir com os direitos incondicionais de cada agente econômico de dispor de sua renda e de sua propriedade como quisesse. Nesse sentido, Friedman e Hayek podiam olhar com admiração a experiência chilena, sem nenhuma inconsistência intelectual ou compromisso de seus princípios.⁹

Essa experiência neoliberal chilena interessou muito a certos conselheiros britânicos importantes para Thatcher, e com os quais existiram excelentes relações entre os dois regimes nos anos 80.¹⁰ Portanto, essa experiência chilena serviu

governamental e pelo triunfo das ideias keynesianas e do Estado próspero, formavam uma pequena mas aguerrida minoria, considerada excêntrica pela grande maioria de nossos colegas intelectuais.” (FRIEDMAN, Milton. **Capitalismo e liberdade**. Tradução de Luciana Carli. São Paulo: Abril Cultural, 1984. p. 5).

7 O posicionamento de Friedman contrário ao Estado de Bem-Estar e às ideias de Keynes fica evidente no seguinte trecho: “Aqueles dentre nós que se mostravam profundamente preocupados com a ameaça à liberdade e à prosperidade, representada pelo crescimento da ingerência governamental e pelo triunfo das ideias keynesianas e do Estado próspero, formavam uma pequena mas aguerrida minoria, considerada excêntrica pela grande maioria de nossos colegas intelectuais.” (FRIEDMAN, Milton. **Capitalismo e liberdade**. Tradução de Luciana Carli. São Paulo: Abril Cultural, 1984. p. 5).

8 HARVEY, David. **O neoliberalismo: história e implicações**. Tradução de Adail Sobral e Maria Stela Gonçalves. 5. ed. São Paulo: Edições Loyola, 2014. p. 17-19.

9 ANDERSON, Perry. **Balço do neoliberalismo**. In: SADER, Emir; GENTILI, Pablo. **Pós-neoliberalismo: as políticas sociais e o Estado democrático**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1995. p. 19-20.

10 ANDERSON, Perry. **Balço do neoliberalismo**. In: SADER, Emir; GENTILI, Pablo. **Pós-neoliberalismo:**

de base para os governos de Margaret Thatcher, eleita primeira-ministra em 1979 no Reino Unido, e de Ronald Reagan, eleito presidente em 1981 nos EUA. Ambos discursos contrários às políticas intervencionistas e assistencialistas típicas do Estado de Bem-Estar Social, bem como eram contrários à política criminal previdenciária¹¹ e à “cultura permissiva”¹² das sociedades das décadas anteriores.¹³

Importante destacar que o neoliberalismo não é um resgate do Liberalismo Clássico, bem como não é sua oposição. O neoliberalismo não se pergunta sobre que tipo de limite dar aos direitos (John Locke), ao governo político, ao mercado (Adam Smith) ou ao cálculo de utilidade (Jeremy Bentham), mas, sim, sobre como fazer do mercado o princípio do governo dos homens bem como do governo de si. Deste modo, o neoliberalismo é uma *racionalidade* governamental, “[...] é precisamente o desenvolvimento da lógica do mercado como lógica normativa generalizada, desde o Estado até o mais íntimo da subjetividade”.¹⁴

Foucault esclarece que no Estado Liberal Clássico havia como base a noção de *troca*, enquanto no Estado Neoliberal há a noção de *concorrência*. Em outras palavras, no Estado Liberal Clássico há como base a *troca* livre entre dois parceiros que estabelecem por conta própria uma *equivalência* entre dois valores, e o Estado não deve intervir nessa *troca*, no máximo deve garantir a propriedade individual – o mercado deveria ser um lugar desimpedido e livre. Já no Estado Neoliberal o essencial do mercado não está na *troca*, mas na *concorrência*, o que faz com que o essencial não seja a *equivalência*, mas sim a *desigualdade*. Isto é, o mercado no contexto neoliberal somente pode funcionar com base na *concorrência* livre e total.¹⁵

as políticas sociais e o Estado democrático. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1995. p. 19.

- 11 O tema do previdenciário penal foi abordado na seção anterior, mas, em suma, consiste na política criminal adotada nos Estados de Bem-Estar Social, a qual regia-se pelo ideal de ressocialização, preconizando, assim, a reinclusão do indivíduo na sociedade. Isto é, a segregação era concebida como alternativa última, tendo em vista o caráter de potencial consumidor dos desviantes. (GARLAND, David. **A cultura do controle: crime e ordem social na sociedade contemporânea**. Tradução de André Nascimento. Rio de Janeiro: Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2008. p. 60)
- 12 Com a mudança do mercado padronizado de massa para o mercado de consumo individualizado no final de 1960 e início de 1970, observou-se o surgimento de uma sociedade plural, caracterizada pela diversidade de escolhas e estilos de vivência, pelo questionamento dos valores tradicionais, pelo individualismo e pela imigração de habitantes. Essas alterações sociais ocasionaram um sentimento de indignação e de saudosismo dos valores tidos anteriormente como absolutos pelos setores mais conservadores da sociedade – tais como a família, o consumo e o trabalho. A cultura pluralizada da sociedade da década de 1970 passou a ser considerada como negativa e permissiva por esses setores mais conservadores. (YOUNG, Jock. **A sociedade excludente: exclusão social, criminalidade e diferença na modernidade recente**. Tradução de Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2002. p. 33-35)
- 13 GARLAND, David. **A cultura do controle: crime e ordem social na sociedade contemporânea**. Tradução de André Nascimento. Rio de Janeiro: Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2008. p. 212-215.
- 14 DARDOT, Pierre; LAVAL, Christian. **A nova razão do mundo: ensaio sobre a sociedade neoliberal**. Tradução de Mariana Echalar. São Paulo: Boitempo, 2016. p. 34.
- 15 FOUCAULT, Michel. **Nascimento da biopolítica**. Tradução de Pedro Elói Duarte. Lisboa: Edições 70,

Friedrich Hayek destaca a importância da competição, indicando ser através dessa a única forma de haver harmonia sem a intervenção coercitiva ou arbitrária do Estado. Destaca, também, que é a possibilidade de ter alternativas que dá ao indivíduo oportunidade para decidir se determinada atividade é suficiente para compensar as desvantagens e riscos que dela podem resultar.¹⁶

Assim sendo, o princípio da organização social no modelo neoliberal é a concorrência¹⁷, a competição, a qual exclui certos tipos de intervenção coercitiva na vida econômica – esse é o cerne do neoliberalismo: garantir a livre concorrência para que o jogo da rivalidade satisfaça o interesse coletivo. Destarte, para o modelo neoliberal:

É necessário primeiramente que haja liberdade de vender e comprar no mercado a qualquer preço que possa encontrar um interessado na transação, e que todos sejam livres de produzir, vender e comprar qualquer coisa que se possa ser produzida ou vendida. É essencial que o acesso às diferentes atividades comerciais seja facultado a todos em igualdade de condições e que a lei não tolere quaisquer tentativas de indivíduos ou grupos para restringir esse acesso por atos de força, manifestos ou ocultos. Qualquer tentativa de controlar os preços ou as quantidades desta ou daquela mercadoria priva a concorrência da sua capacidade de proporcionar uma efetiva coordenação dos esforços individuais, porque então as alterações de preço deixam de registrar todas as alterações importantes das circunstâncias e não mais fornecem uma orientação segura para as decisões do indivíduo.¹⁸

O neoliberalismo objetiva, portanto, um mercado radicalmente livre, no qual se maximiza a concorrência e o livre mercado através da desregulamentação da economia, da eliminação de tarifas e de uma série de outras medidas políticas monetárias e sociais favoráveis aos negócios e indiferentes à pobreza, às questões sociais, à dizimação cultural, ao esgotamento de recursos a longo prazo e à des-

2018. p. 156-157.

16 HAYEK, Friedrich A. **O caminho da servidão**. Tradução de Leonel Vallandro. 2. ed. Porto Alegre: Editora Globo, 1977. p. 35.

17 Hayek expõe da seguinte forma: “[...] o liberalismo econômico opõe-se a que a competição seja suplantada por métodos inferiores de coordenar os esforços individuais. E considera a competição como superior não somente por ser ela na maioria das circunstâncias o método mais eficiente que se conhece, mas sobretudo por ser o único método dentro do qual nossas atividades podem se harmonizar sem a intervenção coercitiva ou arbitrária da autoridade. Com efeito, um dos principais argumentos em favor da concorrência é que dispensa a necessidade de um “controle social consciente” e dá aos indivíduos oportunidade para decidir se as perspectivas de determinada atividade são suficientes para compensar as desvantagens e riscos que dela podem resultar.” E continua: “O uso conveniente da concorrência como princípio da organização social exclui certos tipos de intervenção coercitiva na vida econômica, mas admite outros que às podem auxiliar muito consideravelmente no seu funcionamento, e até exige determinadas formas de ação governamental. Mas há boas razões para que as prescrições negativas, os pontos onde a coerção não deva ser usada, tenham sido particularmente acentuadas.” (HAYEK, Friedrich A. **O caminho da servidão**. Tradução de Leonel Vallandro. 2. ed. Porto Alegre: Editora Globo, 1977. p. 35-36).

18 HAYEK, Friedrich A. **O caminho da servidão**. Tradução de Leonel Vallandro. 2. ed. Porto Alegre: Editora Globo, 1977. p. 35-36.

truição ambiental.¹⁹

No entanto, importante ressaltar que esse princípio da concorrência como forma organizadora do mercado não tem relação, ou não se pode deduzir dele, o *laissez-faire*. Porque no contexto neoliberal não se acredita mais na ideia de uma “natureza” do mercado, algo natural e primitivo, mas parte-se da noção de que o Estado começará a intervir, posto que a concorrência, que é a própria essência do mercado, só pode aparecer se for produzida, e se for produzida por uma governamentalidade ativa. O neoliberalismo, assim, não se coloca sob a forma do *laissez-faire*, mas, pelo contrário, sob a forma de uma vigilância, de uma atividade, de uma intervenção permanente.²⁰

Contudo, se por um lado destaca-se a livre concorrência de mercado, por outro destaca-se o neoconservadorismo²¹ no âmbito cultural. Este neoconservadorismo moral, intrínseco ao modelo neoliberal, fundamenta-se em postulados religiosos, mais especificamente cristãos, de valores tidos como universais.²²

Mediante o descontentamento da população com os problemas econômicos, a consolidação do neoconservadorismo autoritário surge então como possível reação. O neoconservadorismo mantém o impulso neoliberal de construção de liberdades de mercado, mas torna explícitas as tendências antidemocráticas do neoliberalismo por meio do recurso a meios autoritários, hierárquicos e mesmo militares para manter a lei e a ordem.²³

Loïc Wacquant refere que tanto a Grã-Bretanha como os EUA, nos governos de Thatcher e Reagan, (I) deixaram de intervir no âmbito econômico,

19 BROWN, Wendy. **Neoliberalism and the end of liberal democracy**, p. 38. Disponível em: http://lhc.ucsd.edu/cogn_150/Readings/brown.pdf. Acesso em: 24 out. 2019.

20 FOUCAULT, Michel. **Nascimento da biopolítica**. Tradução de Pedro Elói Duarte. Lisboa: Edições 70, 2018. p. 175-176.

21 “O neoconservadorismo existe há muito tempo como movimento não declarado contra a permissividade moral que o individualismo costuma promover. Nesse sentido, ele procura restaurar um sentido de propósito moral, alguns valores de ordem superior que constituam o centro estável do corpo político. Essa possibilidade é de certo modo pressagiada no âmbito da teoria neoliberal, que ‘ao questionar o próprio fundamento político de modelos intervencionistas de administração econômica, fez que questões de moralidade, justiça e poder voltassem à economia – ainda que à sua própria maneira peculiar’. [...] De modo algum se afastam do programa neoliberal de construção ou restauração do poder de alguma classe dominante. Contudo, buscam legitimar esse poder, assim como buscam o controle social, por meio da construção de um clima de consentimento que gira em torno de um conjunto coerente de valores morais. Isso traz de imediato a questão de saber que valores morais devem prevalecer. [...] os valores morais que agora ocupam o foco dos neoconservadores [...] [são] centrados no nacionalismo cultural, na retidão moral, no cristianismo (de uma certa modalidade evangélica), nos valores familiares e em questões de direito à vida, assim como no antagonismo a novos movimentos sociais como o feminismo, os direitos homossexuais, a ação afirmativa e o ambientalismo.” (HARVEY, David. **O neoliberalismo: história e implicações**. Tradução de Adail Sobral e Maria Stela Gonçalves. São Paulo: Edições Loyola, 2008. p. 93-94)

22 ANITUA, Gabriel Ignacio. **História dos Pensamentos Criminológicos**. Rio de Janeiro: Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2008. p. 768.

23 HARVEY, David. **O neoliberalismo: história e implicações**. Tradução de Adail Sobral e Maria Stela Gonçalves. São Paulo: Edições Loyola, 2008. p. 209.

(II) reduziram, progressivamente, o papel social e assistencial do Estado e (III) aumentaram e intensificaram a intervenção penal estatal. Isto é, o modelo de Estado neoliberal, desenvolvido nesses governos, é caracterizado, simultaneamente, pela retração no aspecto econômico-social e pelo fortalecimento no aspecto do controle penal, figurando-se, assim, nas palavras de Wacquant, uma espécie de “Estado Centauro”, cabeça liberal sobre corpo autoritário”.²⁴

Pierre Dardot e Christian Laval referem que as características liberais quanto à economia no neoliberalismo podem ser exemplificadas por: redução dos impostos, diminuição dos gastos públicos, transferência das empresas públicas para o setor privado, restrição à proteção social, controle do crescimento da massa monetária para redução da inflação, posse de uma moeda forte e estável e desregulamentação dos mercados, em particular o do trabalho. Já as características neoconservadoras do modelo neoliberal podem ser exemplificadas por: um maior papel da defesa nacional contra os inimigos externos, da polícia contra os inimigos internos e dos controles sobre a população – que são fundamentadas na necessidade de restauração da autoridade, das instituições e dos valores tradicionais (os valores “familiares”).²⁵

O direito, neste contexto, deixa de ser um regulador social e passa a ser um instrumento para o mercado, eis que o cidadão se torna mero consumidor.²⁶ O indivíduo interessa apenas enquanto consumidor. De modo a criar o binômio consumidor-cidadão, não deixando espaço para o diverso, para a tolerância e para a solidariedade humana.²⁷

Em outras palavras, trata-se da *sociedade de consumidores* na qual é promovido um estilo de vida e uma forma de organização social essencialmente consumista, massificada, dependente das ofertas das grandes corporações e orientadas para a *celeridade* e para o *eficientismo* até nas condutas mais simples da cotidianidade.²⁸

A celeridade característica do neoliberalismo se dá por tratar-se de um

24 WACQUANT, Loïc. **As prisões da miséria**. Rio de Janeiro: Zahar, 2001. p. 55.

25 DARDOT, Pierre; LAVAL, Christian. **A nova razão do mundo**: ensaio sobre a sociedade neoliberal. Tradução de Mariana Echalar. São Paulo: Boitempo, 2016. p. 190-191.

26 CASARA, Rubens R. R. **Estado pós-democrático**: neo-obscurantismo e gestão dos indesejáveis. 2. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2017. p. 42-44.

27 LOPES JR., Aury. Justiça Negociada: utilitarismo processual e eficiência antigarantista. In: CARVALHO, Salo de; WUNDÉRLICH, Alexandre (orgs.). **Diálogos sobre a justiça dialogal**: tese e antíteses sobre os processos de informalização e privatização da justiça penal. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2002. p. 108.

28 LÓPEZ, Ricardo Molina. La McDonaldización del proceso penal (La indemnización de perjuicios en el proceso penal como sustituto de la pretensión punitiva). **Revista FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS**, Medellín, v. 38, n. 108, p. 311-312, jul./dez. 2008.

tempo subdeterminado, descomprometido e entregue à vontade do instante. O tempo da sociedade está reconduzido às dimensões de mercado.²⁹ Deste modo, a justiça perde conexão com o projeto constitucional de liberdade e vida digna para todos e passa a ser tratada como “Uma mercadoria oferecida por mercadores especializados, que moldam a “justiça” ao gosto da opinião pública [...], mesmo que para isso seja necessário suprimir direitos ou reforçar preconceitos e perversões.”³⁰

Consequentemente, o Poder Judiciário neste contexto neoliberal deixa de ser um garantidor de direitos fundamentais (como o era, especialmente no contexto do *Welfare State*, no qual os juízes poderiam ter uma maior *criatividade* na interpretação e aplicação das normas jurídicas com o intuito de efetivar os direitos e garantias fundamentais visando atingir uma maior igualdade material através da efetivação dos direitos sociais) e passa a assumir a função política de regulador das expectativas dos consumidores – até porque os direitos fundamentais tornam-se descartáveis, como qualquer mercadoria que perde valor. Tal cenário é mais grave ainda nas sociedades de tradições autoritárias, como o caso do Brasil, eis que os direitos fundamentais são demonizados, com auxílio dos meios de comunicação de massa – que constroem a ideia de “boa justiça” atrelada à repressão e ao uso da força –, ao passo que os discursos e as práticas autoritárias tornam-se mercadorias atrativas.³¹

2 PROCESSO PENAL E NEOLIBERALISMO: JUSTIÇA DO CONSENSO NO ÂMBITO PENAL COMO REALIZADORA DA EFICÁCIA NEOLIBERAL

Conforme leciona Aury Lopes Jr., a política criminal que resulta do modelo político-econômico neoliberal é utilitarista e em conformidade com o movimento da “lei e ordem” (*law and order*)³², eis que busca o aumento do número de prisões, penas mais severas e com maior celeridade processual, mesmo que para isso tenha que se violar direitos e garantias do acusado. Nas palavras de Lopes Jr.:

29 OST, François. **O tempo do direito**. Tradução de Maria Fernanda Oliveira. Lisboa: Instituto Piaget, 2001. p. 400.

30 CASARA, Rubens R. R. **Estado pós-democrático: neo-obscurantismo e gestão dos indesejáveis**. 2. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2017. p. 44-45.

31 CASARA, Rubens R. R. **Estado pós-democrático: neo-obscurantismo e gestão dos indesejáveis**. 2. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2017. p. 42-44.

32 LOPES JR., Aury. Justiça Negociada: utilitarismo processual e eficiência antigarantista. In: CARVALHO, Salo de; WUNDERLICH, Alexandre (orgs.). **Diálogos sobre a justiça dialogial: tese e antíteses sobre os processos de informalização e privatização da justiça penal**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2002. p. 102.

[...] existe um *tempo do direito* que está completamente desvinculado do tempo da sociedade. E esse é o grande entrave: a sociedade acostumada com a velocidade da virtualidade não quer esperar pelo processo. Nesse contexto, o processo deve ser rápido e eficiente. Assim querem o mercado (que não pode esperar, pois tempo é dinheiro) e a sociedade (que não quer esperar).³³ (Grifo do autor)

Na pós-modernidade neoliberal, o que interessa é proteger apenas o *homo oeconomicus* enquanto detentor e gerador de capital. O movimento da lei e ordem é a representação da intolerância e da completa falta de compromisso ético e social.³⁴

Conforme aponta Nereu José Giacomolli, essa é uma das patologias da sociedade atual: o pensamento de que tudo tem um preço de mercado, um valor econômico ou uma troca de favores. Esse pensamento “[...] é fruto do modelo de Estado neoliberal, o qual não se preocupa em limitar o capital ao desenvolvimento integrado do ser humano; ao contrário, privilegia a produção e o lucro.”³⁵

O neoliberalismo, portanto, tem como cerne do governo o mercado, sem limites para isso, podendo, inclusive, inviabilizar a liberdade dos indivíduos frente o Estado por conta do mercado – característica essa que jamais seria aceita pelo liberalismo clássico. O neoconservadorismo marcante e intrínseco ao neoliberalismo gera um Estado com características totalitárias e, conseqüentemente, com um forte sistema penal (mais normas penais incriminadoras, aumento de penas e mais punições, tudo, de preferência, com o menor custo possível para o Estado).

Ricardo Jacobsen Gloeckner afirma que a racionalidade que governa aspectos relevantes do direito processual penal, especialmente na faceta da “justiça negocial”, não se encontra no campo jurídico, mas em outras sedes. Justificar uma globalização “unilateral”, assim como a colonização progressiva dos espaços jurídicos, a partir unicamente de um efeito expansivo, é equivocado. O processo penal vem sendo colonizado por um movimento americanizado de negociação que somente é justificável a partir de uma racionalidade para além do campo jurídico, isto é, para uma racionalidade que perpassa a subjetividade dos indivíduos

33 LOPES JR., Aury. Justiça Negociada: utilitarismo processual e eficiência antigarantista. In: CARVALHO, Salo de; WUNDERLICH, Alexandre (orgs.). **Diálogos sobre a justiça dialogal**: tese e antíteses sobre os processos de informalização e privatização da justiça penal. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2002. p. 115.

34 LOPES JR., Aury. Justiça Negociada: utilitarismo processual e eficiência antigarantista. In: CARVALHO, Salo de; WUNDERLICH, Alexandre (orgs.). **Diálogos sobre a justiça dialogal**: tese e antíteses sobre os processos de informalização e privatização da justiça penal. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2002. p. 110.

35 GIACOMOLLI, Nereu José. **Legalidade, oportunidade e consenso no Processo Penal na perspectiva das garantias constitucionais**: Alemanha, Espanha, Itália, Portugal, Brasil. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2006. p. 112-113.

e dos Estados ocidentais.³⁶ A racionalidade neoliberal, a partir de sua disciplina dos corpos e dos controles reguladores da população, introduzem a racionalidade de eficiência também no campo jurídico de modo a impactar a política criminal e o processo penal. Nas palavras de Gloeckner:

A justiça penal negociada não é apenas uma determinada alteração na estrutura jurídica que provoca mutações drásticas no campo do sistema de administração da justiça criminal. Se há alguma coisa que permite identificar os seus códigos genéticos tal elemento reside em uma racionalidade que se origina a partir de processos de subjetivação deflagrados pelo neoliberalismo, especialmente através da construção de um sujeito delinquente interpretado como ator racional – *homo oeconomicus* – e que funcionaria, parafraseando Dardot e Laval, como “empresário-de-si”. De acordo com tais processos de subjetivação, a aplicação da linguagem de mercado em todos os setores da vida não poderia, por óbvio, deixar de impregnar o processo penal.³⁷ (Grifo do autor)

A *eficiência* neoliberal significa redução dos gastos do Estado, garantia da livre concorrência de mercado e celeridade na obtenção dos resultados. Assim, também é exigido do processo penal essa eficiência neoliberal, o que faz com que surjam as críticas ao processo penal, em especial três: (I) o processo penal é muito moroso – alguns autores, alguns políticos, uma parte da mídia e, inclusive, alguns juristas criticam as garantias processuais e constitucionais do réu, pois essas garantias é que causariam essa morosidade processual; (II) o processo penal movimentaria muitos servidores públicos, conseqüentemente, é muito “caro” para o Estado – novamente, se se eliminar algumas fases processuais ou, mais, se for possível eliminar o processo, reduz-se os gastos do Estado; e (III) muitos acusados são absolvidos – também há o argumento no sentido de “uma impunidade” no contexto brasileiro e acusam os direitos humanos, os direitos fundamentais (as garantias do acusado), de “causar” essas absolvições.

Logo, o paradigma do modelo neoliberal é o da “eficiência” das funções penais (leia-se: mais punições, penas maiores e de forma mais célere), que afeta toda a política criminal de modo a abandonar as pretensões democráticas. Se manifesta, principalmente, nas políticas policiais e na simplificação do processo penal.³⁸ Isto é, as premissas do estado mínimo do neoliberalismo, no sentido de corte de gastos, se refletem também no campo processual penal, eis que a inter-

36 GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. Um “novo” liberalismo processual penal autoritário?. In: GLOECKNER, Ricardo Jacobsen (org.). **Plea bargaining**. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019. p. 176.

37 GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. Um “novo” liberalismo processual penal autoritário?. In: GLOECKNER, Ricardo Jacobsen (org.). **Plea bargaining**. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019. p. 179-180.

38 ANITUA, Gabriel Ignacio. **Introdução à criminologia**: uma aproximação desde o poder de julgar. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018. p. 123.

venção jurisdicional deve ser mínima (na justiça negociada o Estado se afasta do conflito), tanto no fator tempo (duração do processo), como também na ausência de um comprometimento por parte do julgador, que passa a desempenhar um papel meramente burocrático.³⁹

A justiça negociada tem maiores resultados de eficiência neoliberal sobre os “inimigos internos”, que são os *não-consumidores*, isto é, as pessoas com menor poder aquisitivo, eis que os custos de um processo são muito mais elevados do que o aceite de um acordo. No contexto neoliberal, de mercado e concorrência, o indivíduo não-consumidor à margem, é o que sempre será selecionado pelo sistema penal e contra quem esse sistema sempre atuará com toda a dureza possível, conforme afirma Lopes Jr.:

A sociedade coloca o indivíduo não-consumidor à margem (literalmente marginal), introduzindo-o no sistema penal, que na sua atividade de seleção, atuará com toda a dureza sobre o rotulado, o etiquetado, o não-consumidor. Até porque, quem não é consumidor não é visto como cidadão.⁴⁰

Quem não tem poder econômico para consumir acaba sendo o cliente preferencial do sistema punitivo. Ao não consumir, a sociedade o exclui. Ao ser excluído estigmatizado, torna-se o alvo ideal para as instâncias formais de controle atuarem com toda sua prepotência, pois, afinal, não há com o que se preocupar: devemos servir e proteger (apenas) o cidadão (consumidor). Obviamente que esse tratamento *excludente-privilegiador* aparece com toda sua força na justiça negociada.⁴¹

No modelo da justiça do consenso ocorre também a aceleração dos processos judiciais em resposta ao desejo de uma reação social imediata, se possível em tempo real, à delinquência. Contudo, esquecendo que o processo tem também por vocação dar as suas oportunidades à dúvida e institucionalizar a prudência e o debate, estas reformas no sentido de adoção de uma justiça comercial apresentam o duplo risco de reduzir as garantias do justicável e deslocar para baixo (do juiz

39 LOPES JR., Aury. Justiça Negociada: utilitarismo processual e eficiência antigarantista. In: CARVALHO, Salo de; WUNDERLICH, Alexandre (orgs.). **Diálogos sobre a justiça dialogial**: tese e antíteses sobre os processos de informalização e privatização da justiça penal. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2002. p. 114.

40 LOPES JR., Aury. Justiça Negociada: utilitarismo processual e eficiência antigarantista. In: CARVALHO, Salo de; WUNDERLICH, Alexandre (orgs.). **Diálogos sobre a justiça dialogial**: tese e antíteses sobre os processos de informalização e privatização da justiça penal. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2002. p. 108.

41 LOPES JR., Aury. Justiça Negociada: utilitarismo processual e eficiência antigarantista. In: CARVALHO, Salo de; WUNDERLICH, Alexandre (orgs.). **Diálogos sobre a justiça dialogial**: tese e antíteses sobre os processos de informalização e privatização da justiça penal. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2002. p. 108-109.

para o Ministério Público, por exemplo) a condução do processo.⁴²

A primeira reforma processual que introduziu o modelo de justiça negocial no Brasil no ramo do direito penal foi com a lei nº 9.099/95, que trata dos Juizados Especiais, na qual consta previsto o instituto da transação penal. Contudo, a reforma que introduziu a “colaboração premiada”, também conhecida por alguns como “delação premiada”⁴³, é que ficou mais conhecida, até por ser mais midiaticizada. Trata-se de uma das modalidades do instituto do “*plea bargaining*” utilizado nos EUA, na Inglaterra e em Gales. Esse instituto da colaboração premiada está previsto na Lei n. 12.850/13, atinente aos casos de investigação de organizações criminosas – instituto também conhecido como “Lei de Combate às Organizações Criminosas” –, logo, trata-se de um ato legislativo sobre a investigação criminal que causa um impacto de modo a relativizar os princípios e as características do processo penal brasileiro.⁴⁴

Importante destacar que esse modelo de justiça negocial é oriundo de países de tradição jurídica da *Common Law*, que é um sistema demasiadamente diverso da tradição jurídica da *Civil Law* (sistema adotado pelo Brasil). Isso é preocupante em um país de democracia tardia, que segue ainda num processo de assimilação e de compreensão de um modelo de Estado Democrático de Direito, um modelo edificado em leis, as quais funcionam em uma estrutura hierárquica e que essas mesmas leis servem de limites de atuação do Estado, inclusive em relação à atuação do Judiciário – isto é, o Judiciário está limitado pelas normas jurídicas (regras e princípios) e não por um modelo fundado primordialmente em princípios.⁴⁵

Essa negociação é feita na mais ampla mesa de negócios, na qual não há limites consolidados no contexto brasileiro e nem é da nossa tradição, como o é no contexto norte-americano, no qual tem regras que limitam o poder de nego-

42 OST, François. **O tempo do direito**. Tradução de Maria Fernanda Oliveira. Lisboa: Instituto Piaget, 2001. p. 382-383.

43 Alguns autores abordam os conceitos *colaboração premiada* e *delação premiada* como sinônimos e outros os distingue. A distinção desses conceitos é feita da seguinte forma: nem toda colaboração é uma delação, pois pode o réu colaborar informando local, arma etc. do crime sem delatar ninguém. Delatar é denunciar a responsabilidade de alguém por um crime. Por este motivo, no presente capítulo de livro os autores preferiram utilizar o termo *colaboração premiada*.

44 Importante referir que desde a regulamentação do Juizado Especial Criminal, dado pela Lei n. 9.099/95, já havia a possibilidade de “negociação de pena” no contexto jurídico brasileiro, mais especificamente na audiência preliminar quando o juiz esclarece “sobre a possibilidade de composição dos danos e da aceitação da proposta de aplicação imediata de pena não privativa de liberdade” (art. 72 da Lei n. 9.099/95). No entanto, é distinto do instituto da colaboração premiada.

45 COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *Delação premiada* (lei nº 12.850/13): o Judiciário não pode substituir o Legislativo na função legislativa. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; LOPES JR., Aury; MORAIS DA ROSA, Alexandre. **Delação premiada no limite: a controvertida justiça negocial made in Brazil**. Florianópolis: EMais, 2018. cap. 32, p. 153-154.

ciação do Estado.

Verifica-se que se trata de uma transformação do processo penal em um instrumento eficaz de concretização do poder punitivo estatal. Com o modelo da justiça negocial reduz-se o número de processos e aumentam o número de prisões drasticamente: nos EUA em torno de 90% fazem o acordo e em alguns países esse número chega a 99%.⁴⁶ No Uruguai, em apenas seis meses da implementação do novo Código de Processo Penal, 77,8% dos casos já estavam sendo resolvidos através dessas formas de resolução de conflito abreviadas. Em dados mais recentes o Ministério Público do Uruguai apontou que 86,9% dos casos chegaram a uma resolução dentro de um ano. No Chile, depois da entrada em vigor do novo código de processo penal chileno, entre os anos 2000 e 2009, a população carcerária quase duplicou, passando de 33.050 para 50.923.⁴⁷

Deste modo, atinge-se o modelo de eficiência da sociedade neoliberal em matéria criminal, eis que se tem mais presos, de forma mais célere, com menor gasto do Judiciário e, em alguns casos, com penas maiores do que se tivesse havido o processo.

Com a colaboração premiada se suprem as críticas feitas ao processo penal, eis que uma colaboração com aplicação da pena é muito menos custosa do que um processo penal – daí que ambas partes podem “lucrar”: “O Estado reduz a pena ou o regime, enquanto o acusado/delator fornece provas contra si e/ou terceiros, apurando os custos e benefícios das recompensas. Acrescente-se que a pressão da prisão cautelar e do esculacho midiático servem de trunfos processuais.”⁴⁸

Destaque-se que essa negociação segue um modelo de mercado em que o Ministério Público é que detém a discricionariedade para propor a negociação, bem como para definir os termos negociados, isto é, a violência da pena não passa pelo controle jurisdicional e tampouco se submete aos limites da legalidade, de modo que está nas mãos do Ministério Público e submetida a sua discricionariedade⁴⁹. Ainda, o acusado entra no processo de negociação sem a possibilidade de

46 CHRISTIE, Nils. **La industria del control del delito: ¿La nueva forma del Holocausto?**. Tradução de Sara Costa. Buenos Aires: Editores del Puerto S.R.L., 1993. p. 142.

47 GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. Um “novo” liberalismo processual penal autoritário?. In: GLOECKNER, Ricardo Jacobsen (org.). **Plea bargaining**. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019. p. 178.

48 LOPES JR., Aury; MORAIS DA ROSA, Alexandre. O delator que calculava e o que a delação premiada não compra. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; LOPES JR., Aury; MORAIS DA ROSA, Alexandre. **Delação premiada no limite: a controvertida justiça negocial made in Brazil**. Florianópolis: EMais, 2018. cap. 3, p. 31.

49 LOPES JR., Aury. Justiça Negociada: utilitarismo processual e eficiência antigarantista. In: CARVALHO, Salo de; WUNDERLICH, Alexandre (orgs.). **Diálogos sobre a justiça dialogal: tese e antíteses sobre os processos de informalização e privatização da justiça penal**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2002. p.

negociar a sua absolvição, quer dizer, a negociação para o acusado é de quantidade e qualidade da pena, mas nunca a sua absolvição. Em outras palavras, a pessoa acusada entra na negociação sem a chance de obter a sua absolvição. O Estado, na instituição do Ministério Público, que não tem nada a perder, negocia o tempo de privação da liberdade do cidadão, de modo que essa negociação não faz o menor sentido num modelo de Estado Democrático de Direito.

E tendo em vista que a negociação se dá diretamente em termos de quantidade e qualidade da pena, já há uma violação ao princípio da presunção de inocência, eis que ao se proceder com a negociação já há a presunção da culpabilidade do acusado. Ainda, como resultado da negociação, no contexto brasileiro, o acusado “abre mão” de outros direitos fundamentais, como, por exemplo, o *nemo tenetur se detegere*, da ampla defesa, do contraditório, da *nulla poena sine iudicio*, dentre outros. Isso significa que o “preço pago” pelo acusado é demasiado grande em relação ao “produto” oferecido pelo Estado. E, obviamente, não há a menor compatibilidade com o Estado Democrático de Direito, só fazendo sentido no que autores como Colin Crouch⁵⁰ e Rubens Casara⁵¹ têm denominado de Estado Pós-Democrático, eis que os direitos fundamentais e demais cláusulas constitucionais são relativizáveis em prol da eficiência neoliberal, isto é, em prol da livre concorrência e do livre mercado, de modo que é possível afirmar a inconstitucionalidade desse modelo de justiça negocial no contexto jurídico e democrático brasileiro.

A justiça negocial contribui para esse “Estado Pós-Democrático” eis que introduz um modelo em que as garantias fundamentais e os valores democráticos passam a ser tratados como mercadorias, como objetos negociáveis ou são visto como obstáculos que podem ser facilmente relativizados em nome da eficiência do Estado, que precisa controlar os indesejáveis, aqueles que não interessam ao projeto neoliberal.⁵² Logo, se as garantias do acusado estão impedindo que se proceda com a sua punição, é possível relativizá-las ou negociá-las para atingir esse objetivo do mercado e do Estado, que tem respaldo no clamor social.

CONCLUSÃO

A partir de todo o exposto é possível verificar que a racionalidade neo-

119-120.

50 CROUCH, Colin. **Post-Democracy**. Cambridge: Polity Press, 2004.

51 CASARA, Rubens R. R. **Estado pós-democrático: neo-obscurantismo e gestão dos indesejáveis**. 2. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2017.

52 CASARA, Rubens R. R. **Sociedade sem lei: pós-democracia, personalidade autoritária, idiotização e barbárie**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2018. p. 15.

liberal introduz uma noção de eficácia, a qual é introjetada pela humanidade, inclusive de forma inconsciente, o que provoca algumas reações críticas atinentes à segurança pública. Essa eficácia neoliberal aplicada ao processo penal tem como características a exigência de celeridade para o início da punição e a cobrança de que é necessário reduzir os custos processuais.

Assim, o modelo da justiça negocial se apresenta como uma possível solução para essas demandas da racionalidade neoliberal, eis que através dela se atinge a eficácia, isto é, o cumprimento da pena se dá logo com a homologação do acordo e, ainda, dispensa todos os atos processuais, sendo necessário apenas o ato da negociação e, após, a homologação do acordo, a gerar uma grande redução no número de atos processuais e de processos, o que causa uma redução dos custos processuais para o Estado.

Contudo, para proceder com esse modelo de justiça negocial no âmbito do processo penal é necessário que se violem algumas garantias processuais penais e constitucionais, de maneira que essas garantias são negociadas no modelo de mercado, em conformidade com a racionalidade neoliberal, a partir da qual tudo passa a ser tratado como a mais ampla mesa de negócios no campo da livre concorrência. Como consequência da relativização das garantias fundamentais tem-se uma crise no modelo do Estado Democrático de Direito, o que faz com que alguns autores denominem de Estado Pós-Democrático.

Importante ressaltar, novamente, que a presente pesquisa ainda está incipiente, de modo que é necessário aprofundar alguns temas atinentes à justiça negocial, sua evolução histórica, bem como aprofundar outros temas atinentes ao neoliberalismo e ao processo penal. Mas, espera-se que com o presente texto seja possível contribuir e provocar uma reflexão sobre os temas do neoliberalismo, o processo penal e a justiça negocial.

REFERÊNCIAS

ANDERSON, Perry. Balanço do neoliberalismo. In: SADER, Emir; GENTILI, Pablo. **Pós-neoliberalismo**: as políticas sociais e o Estado democrático. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1995. p. 9-23.

ANITUA, Gabriel Ignacio. **História dos Pensamentos Criminológicos**. Rio de Janeiro: Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2008.

BROWN, Wendy. **Neoliberalism and the end of liberal democracy**. p. 38-59. Disponível em: http://lhc.ucsd.edu/cogn_150/Readings/brown.pdf. Acesso em: 24 out. 2019.

CASARA, Rubens R. R. **Estado pós-democrático**: neo-obscurantismo e gestão dos indesejáveis. 2. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2017.

CASARA, Rubens R. R. **Sociedade sem lei**: pós-democracia, personalidade autoritária, idiotização e

barbárie. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2018.

CHRISTIE, Nils. **La industria del control del delito: ¿La nueva forma del Holocausto?**. Tradução de Sara Costa. Buenos Aires: Editores del Puerto S.R.L., 1993.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Delação premiada (lei nº 12.850/13): o Judiciário não pode substituir o Legislativo na função legislativa. *In*: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; LOPES JR., Aury; MORAIS DA ROSA, Alexandre. **Delação premiada no limite: a controversa justiça negocial made in Brazil**. Florianópolis: EMais, 2018. cap. 32, p. 153-166.

CROUCH, Colin. **Post-Democracy**. Cambridge: Polity Press, 2004.

DARDOT, Pierre; LAVAL, Christian. **A nova razão do mundo: ensaio sobre a sociedade neoliberal**. Tradução de Mariana Echalar. São Paulo: Boitempo, 2016.

FRIEDMAN, Milton. **Capitalismo e liberdade**. Tradução de Luciana Carli. São Paulo: Abril Cultural, 1984.

FOUCAULT, Michel. **Nascimento da biopolítica**. Tradução de Pedro Elói Duarte. Lisboa: Edições 70, 2018.

GARLAND, David. **A cultura do controle: crime e ordem social na sociedade contemporânea**. Tradução de André Nascimento. Rio de Janeiro: Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2008.

GIACOMOLLI, Nereu José. **Legalidade, oportunidade e consenso no Processo Penal na perspectiva das garantias constitucionais**: Alemanha, Espanha, Itália, Portugal, Brasil. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2006.

GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. Um “novo” liberalismo processual penal autoritário?. *In*: GLOECKNER, Ricardo Jacobsen (org.). **Plea bargaining**. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019. p. 175-192.

HARVEY, David. **O neoliberalismo: história e implicações**. Tradução de Adail Sobral e Maria Stela Gonçalves. 5. ed. São Paulo: Edições Loyola, 2014.

HAYEK, Friedrich A. **O caminho da servidão**. Tradução de Leonel Vallandro. 2. ed. Porto Alegre: Editora Globo, 1977.

LOPES JR., Aury. Justiça Negociada: utilitarismo processual e eficiência antigarantista. *In*: CARVALHO, Salo de; WUNDERLICH, Alexandre (orgs.). **Diálogos sobre a justiça dialogal: tese e antíteses sobre os processos de informalização e privatização da justiça penal**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2002. p. 99-128.

LOPES JR., Aury; MORAIS DA ROSA, Alexandre. O delator que calculava e o que a delação premiada não compra. *In*: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; LOPES JR., Aury; MORAIS DA ROSA, Alexandre. **Delação premiada no limite: a controversa justiça negocial made in Brazil**. Florianópolis: EMais, 2018. cap. 3, p. 31-34.

LÓPEZ, Ricardo Molina. La McDonaldización del proceso penal (La indemnización de perjuicios en el proceso penal como sustituto de la pretensión punitiva). **Revista FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS**, Medelín, v. 38, n. 108, p. 307-321, jul./dez. 2008.

MORAES, Reginaldo. **Neoliberalismo: de onde vem, pra onde vai?**. São Paulo: Editora SENAC São Paulo, 2001.

OST, François. **O tempo do direito**. Tradução de Maria Fernanda Oliveira. Lisboa: Instituto Piaget, 2001.

YOUNG, Jock. **A sociedade excludente: exclusão social, criminalidade e diferença na modernidade recente**. Tradução de Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2002.

WACQUANT, Loïc. **As prisões da miséria**. Rio de Janeiro: Zahar, 2001.

O IMPLEMENTO DAS GARANTIAS LEGAIS DOS APENADOS NO CÁRCERE BRASILEIRO

THE IMPLEMENTATION OF LEGAL GUARANTEES OF INMATES IN THE BRAZILIAN PRISON

Maiara Sarnovski¹

Fabianne da Silva de Sousa²

Cynthia Padilha³

RESUMO: Quando se analisa a sociedade brasileira contemporânea, verifica-se que há uma discrepância entre a teoria e o que, de fato, ocorre na prática referente ao sistema penitenciário. Isto se deve ao fato de que existem muitos indivíduos encarcerados, ao passo em que há um débil número de estabelecimentos prisionais e políticas públicas que englobam o tema em questão. A presente pesquisa visa, portanto, verificar se há no sistema penitenciário brasileiro a consagração dos direitos garantidos aos presos. Para isso, foi realizada uma análise minuciosa de doutrinas, artigos científicos, normas vigentes e jurisprudência dos Tribunais Superiores, além de buscas em sites oficiais como o Conselho Nacional do Ministério Público, para fins de compreensão do presente estudo. Em síntese, busca-se propor alternativas para sanar eventuais incorreções na aplicação de leis brasileiras no que tange aos apenados e assegurá-los a proteção de seus direitos, prezando pela dignidade humana e a ressocialização.

PALAVRAS-CHAVE: Sistema Penitenciário, Garantias Fundamentais, Dignidade Humana, Apenados.

ABSTRACT: When analyzing the contemporary Brazilian so-

-
- 1 Graduada do curso de Direito da Universidade Católica Dom Bosco (UCDB). Campo Grande- MS. Email: ma.iara.98@hotmail.com.
 - 2 Graduada do curso de Direito da Universidade Católica Dom Bosco (UCDB). Campo Grande- MS. Email: fabssilva19@gmail.com.
 - 3 Graduada do curso de Direito da Universidade Católica Dom Bosco (UCDB). Campo Grande- MS. Email: cyn_padilha2015@outlook.com.

ciety, there is a discrepancy between the theory and what actually occurs in the practice regarding the prison system. This is due to the fact that there are many incarcerated individuals, while there are a feeble number of prisons and public policies that encompass the subject in question. This research aims, therefore, verify if there is in the Brazilian prison system, the consecration of rights guaranteed to prisoners. For this, a thorough analysis of doctrines, scientific articles, current norms and jurisprudence of Superior Courts was carried out, in addition to searches on official sites such as the National Council of Public Prosecution, for the purpose of understanding this study. In short, it seeks to propose alternatives to remedy any inaccuracies in the application of Brazilian laws with regard to the inmates and to assure them the protection of their rights, valuing for human dignity and re-socialization.

KEYWORDS: Penitentiary System, Fundamental Guarantees, Human Dignity, Inmates.

1 INTRODUÇÃO

O ordenamento jurídico brasileiro, na teoria, é um grande exemplo para diversos países, haja vista sua complexidade ao abordar e garantir os mais variados direitos a população brasileira. No entanto, não é possível observar a efetiva aplicabilidade prática de tais garantias. Isso se deve ao fato de que na sociedade brasileira, hodiernamente, vislumbra-se a ocorrência de violações a lei sem que haja punição aos transgressores, o que gera um grande impacto no contexto social.

A imensa quantidade de normas violadas afeta as mais variadas áreas da sociedade, sendo uma delas o sistema carcerário brasileiro. Ao contrário do que se espera, na contemporaneidade, há cada vez mais ocorrências de criminalidade, doenças e revoltas, de modo que não somente os encarcerados, mas também os demais cidadãos são prejudicados. Em que pese existir, outrossim, muitos indivíduos encarcerados, há um débil número de estabelecimentos prisionais e políticas públicas que englobam o tema em questão.

O presente estudo, portanto, tem o objetivo de verificar se há no sistema penitenciário brasileiro a consagração dos direitos garantidos aos presos. Para isso, utilizou-se uma análise minuciosa de doutrinas, monografias, artigos e revistas científicos, bem como a verificação de normas vigentes e jurisprudência dos Tribunais Superiores, a fundamentar a problemática abordada. Realizou-se, ade-

mais, buscas em sites oficiais como o Conselho Nacional do Ministério Público e o Conselho Nacional de Justiça, para fins de compreensão do presente estudo.

A presente pesquisa, em suma, apresenta uma relevante e valiosa abordagem, pois além de analisar as garantias fundamentais asseguradas aos apenados, apresenta possíveis soluções para os problemas eventualmente encontrados, em razão das violações que ocorrem em tais direitos, dessemelhantemente, do que demonstra a teoria.

2. OS ESTABELECIMENTOS PRISIONAIS NO BRASIL

2.1 DO ESCASSO NÚMERO DE UNIDADES PRISIONAIS

Conforme dados do sistema Geopresídios, extraídos do Conselho Nacional de Justiça, no mês outubro de 2019, no âmbito nacional, havia um total de 697.111 presos, enquanto que existiam somente 2.608 estabelecimentos prisionais, com capacidade de 424.837 vagas nos referidos estabelecimentos (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2019). Deveras, evidencia-se um déficit de vagas espantoso em diversos Estados brasileiros, que somados correspondem a 272.274 (duzentos e setenta e dois mil duzentos e setenta e quatro) presos além da capacidade dos presídios brasileiros (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2019).

Vislumbra-se, a partir desta análise, que o Estado de Pernambuco, corresponde ao quadro mais alarmante se comparado as demais cidades brasileiras. Isto porque, a citada região nordestina, possui 10.344 vagas em estabelecimentos prisionais para uma quantia de 27957 presos, ocasionando um déficit de 19.343 vagas, que corresponde a 187%. Na região norte, Roraima possui 1.172 vagas e um total de 2.988 presos, gerando um déficit de 1.675 vagas, correspondente a 142,92% (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2019).

De acordo com Silva e Rodrigues (2017, p. 03) os “[...] presos que são colocados nesse ambiente superlotado, se vê em situações que não resta outra opção a não ser aderir aos hábitos criminosos, mesmo sendo ruim, garante sua sobrevivência dentro deste lugar”. Evidencia-se, neste íterim, que a capacidade dos presídios de várias regiões brasileiras não suporta a imensa quantidade de encarcerados existentes, pois os estabelecimentos prisionais não possuem a capacidade física e estrutural para suportar tamanha demanda.

2.2 DAS CONDIÇÕES DESUMANAS DOS PRESÍDIOS

Verifica-se, com frequência, diversas notícias sobre fugas, rebeliões e agressões entre os presos. Isso se deve, em grande parte, pelas condições precárias as quais os presos são submetidos, ocasionando-lhes, por conseguinte, a precariedade até mesmo em relação a sua saúde (DUARTE, 2013). Consoante Machado e Guimarães (2014) o descaso no sistema carcerário brasileiro é verificado, não somente em relação à superlotação, mas também quanto à exposição a doenças graves, falta de assistência médica, bem como na degradação dos presídios.

Dentre os problemas supramencionados, averigua-se o surgimento de doenças como tuberculose e meningite que são ignoradas e proliferadas, haja vista a falta de investimento na área da saúde prisional e em corpo funcional capacitado para tratar da saúde nos presídios, o que gera um colapso na saúde nos presídios (BOTTARI; PONTES; CARRIELLO, 2019). Nesse sentido:

A superlotação das celas, sua precariedade e sua insalubridade tornam as prisões num ambiente propício à proliferação de epidemias e ao contágio de doenças. Todos esses fatores estruturais aliados ainda à má alimentação dos presos, seu sedentarismo, o uso de drogas, a falta de higiene e toda a lugubridade da prisão, fazem com que um preso que adentrou lá numa condição sadia, de lá não saia sem ser acometido de uma doença ou com sua resistência física e saúde fragilizadas.

Os presos adquirem as mais variadas doenças no interior das prisões. As mais comuns são as doenças do aparelho respiratório, como a tuberculose e a pneumonia. Também é alto o índice da hepatite e de doenças venéreas em geral, a AIDS por excelência. Conforme pesquisas realizadas nas prisões, estima-se que aproximadamente 20% dos presos brasileiros sejam portadores do HIV, principalmente em decorrência do homossexualismo, da violência sexual praticada por parte dos outros presos e do uso de drogas injetáveis. (ASSIS, 2007, n.p).

Do mesmo modo, ensina Cordeiro *et al* (2018, p. 176):

O cenário do sistema prisional é de condições subumanas, que fere com os direitos humanos básicos de cidadania. Nessa situação, a vulnerabilidade aumenta, e a emergência para a atuação de políticas, estratégias e ações que intervenham nesses locais é evidente. Para transformar essa realidade, são necessárias intervenções educativas com os detentos e um maior número de profissionais de saúde, principalmente enfermeiros, capacitados e sensibilizados para atuar nessa realidade, o que garantiria ações de promoção, prevenção e recuperação da saúde.

A falta de investimento por parte do Estado, na saúde, em presídios ocasiona diversas vítimas no decorrer dos anos, as quais acabam por perder suas vidas para doenças que, se diagnosticadas de maneira rápida e eficiente, poderiam ser

tratadas evitando o contágio dos demais encarcerados (MACHADO E GUIMARÃES, 2014). Não se vislumbra, entretanto, o real interesse do Estado em proteger o direito social à saúde, garantida a todos os indivíduos pela Constituição Federal em seu artigo 6º, *in verbis*:

Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição. (BRASIL, 1988).

Do mesmo modo, outro fator que contribui para a manutenção do tratamento desumano nos presídios e das doenças acima descritas é a falta de condições mínimas de higiene nos presídios, haja vista que os encarcerados permanecem em celas sujas, com lixo acumulado e com animais peçonhentos, além de ter que consumir alimentos estragados para sobreviver (ÁVILA *et al*, 2015).

Diante da evidente crise no sistema carcerário, são constantes as notícias divulgadas nos jornais televisivos e internet acerca das mortes, revoltas e rebeliões da massa carcerária no país. Entrementes, muitos indivíduos ainda persistem com a errônea ideia de que uma pessoa, ao estar presa, perde totalmente seus direitos e deve aceitar aquilo que lhe é imposto por mais degradante e humilhante que seja como forma de pagar pelos erros cometidos.

4 OS DESAFIOS DA RESSOCIALIZAÇÃO

A ressocialização corresponde à reintegração do apenado na sociedade, isto é, o indivíduo torna-se, novamente, capaz de conviver no meio social (MACHADO, 2008). De acordo com Santos e Bo (2019), a reinserção do condenado na coletividade auxilia na redução da criminalidade e dos índices de reincidência.

A Lei nº 7.210/1984 que concerne acerca da Lei de Execução Penal estabelece, em seu artigo 1º, que a ressocialização do apenado se refere a um de seus principais objetivos (BRASIL, 1984). Enquanto que o artigo 10 da citada Lei assegura que “A assistência ao preso e ao internado é dever do Estado, objetivando prevenir o crime e orientar o retorno à convivência em sociedade” (BRASIL, 1984). Ainda no tocante ao retro mencionado dispositivo acrescenta Torres (2002, p. 206):

No artigo 10 da LEP está disposto que a assistência ao preso e ao internado como dever do Estado objetiva prevenir o crime e orientar o retorno à convivência em sociedade, estendendo-se esta ao egresso. Dentre as atenções básicas que devem ser prestadas aos presos previstas na LEP, estão: a assistência à saúde, assistência

psicológica, assistência educacional, assistência jurídica, assistência religiosa, assistência social e assistência material.

A prática, entretanto, distancia-se da teoria, haja vista que a pena imposta ao egresso, em alguns casos, vai além dos presídios, acompanhando-o ao longo de toda sua vida (DUARTE, 2018). O encarceramento, nesta perspectiva, contribui para que alguns sujeitos sejam segregados do contexto social (SANTOS E BO, 2019).

Algumas pessoas, após saírem da prisão, acabam sofrendo preconceito por vários membros do seio social, dificultando a inserção dos mesmos no mercado de trabalho, uma vez que o medo e a falta de qualificação, os impedem de serem contratados (DUARTE, 2018). Tal segregação, que advém até mesmo da própria família do apenado, aliada a falta de moradia e o desemprego, favorecem para que ele repense, em algumas ocasiões, no mundo do crime, como uma forma de conseguir recursos financeiros para garantir a sua subsistência (DUARTE, 2018).

O encarceramento, noutra norte, também corresponde a um grande desafio para a ressocialização, ante a superlotação das prisões, a falta de estrutura e de classificação dos apenados dentro dos presídios, dificultando a constituição de atividades laborais e educacionais aos condenados (RIBEIRO, BRITO E OLIVEIRA, 2018). Sob a mesma ótica, destaca Santos e Bo (2019, p. 48):

[...] o cárcere não tem sido utilizado como a etapa de ressocialização prevista pela Lei de Execução Penal, mas como um fim em si, e não um meio. A aparência é de que a sociedade, representada pelos governantes, tem aberto mão de seus concidadãos e da possibilidade de regeneração deles.

Verifica-se, desse modo, que a ressocialização do egresso não possuía efetividade necessária tal como preceitua a legislação, haja vista que atitudes dotadas de preconceito e a falta de estrutura de alguns presídios brasileiros, são fatores que contribuem para a segregação e, conseqüentemente, para a não reintegração do condenado no âmbito social em que vive.

5 INAPLICABILIDADE DE NORMAS E O APOIO DA SOCIEDADE

Diante do já exposto nos tópicos anteriores percebe-se que, atualmente no Brasil, existem inúmeras violações quanto os estabelecimentos prisionais e direitos dos encarcerados, haja vista as leis brasileiras quanto a este tema são vastas e claras na teoria, no entanto não possuem aplicabilidade prática. Assis (2007, n.p)

destaca que “[...] o que tem ocorrido na prática é a constante violação dos direitos e a total inobservância das garantias legais previstas na execução das penas privativas de liberdade”.

A aplicação da legislação penal tem o escopo de punir o condenado de forma equivalente ao mal praticado a outrem, restringindo sua liberdade ou aplicando uma multa equivalente. O artigo 3º da Lei de Execução Penal (BRASIL, 1984), do mesmo modo, estabelece que serão assegurados aos encarcerados todos os direitos não atingidos pela sentença ou pela lei.

Percebe-se, desse modo, que devem ser respeitadas a dignidade humana (art. 1º da CF), a integridade física e moral dos presos (art. 5º, XLIX da CF), bem como o direito a alimentação, saúde (BRASIL, 1988) e demais direitos previstos do artigo 41 da LEP (BRASIL, 1984) e tratados dos quais o Brasil é signatário, o que vai de encontro com o pensamento atual da população brasileira quanto ao tema em questão.

Nota-se que alguns brasileiros, na contemporaneidade, pensam que aqueles que se encontram privados de liberdade também se encontram privados de todos os seus outros direitos e que por terem cometido um crime devem ser punidos com agressões, humilhações e qualquer outro tipo de situação degradante pela qual se encontre nos estabelecimentos prisionais. Assim, a pena privativa de liberdade imposta pelo Código Penal não é suficiente, ante ao preconceito enraizado na população brasileira e o intenso desejo de ver o sofrimento alheio. Neste ínterim, salienta Zaffaroni (2001, n.p), *in litteris*:

[...] o preso é ferido na sua autoestima de todas as formas imagináveis, pela perda de privacidade, de seu próprio espaço, submissões a revistas degradantes, etc. A isso juntam-se as condições deficientes de quase todas as prisões: superpopulação, alimentação paupérrima, falta de higiene e assistência sanitária, etc., sem contar as discriminações em relação à capacidade de pagar por alojamentos e comodidades.

Similarmente, leciona Mirabete (2010, p. 234) acerca do caráter das penas, haja vista que eram definidas como sendo um instrumento de “degradação, destruidora da personalidade humana e incremento à criminalidade por imitação e contágio moral”, evidenciando que tal definição ainda pode ser utilizada atualmente, haja vista toda a problemática exposta no presente trabalho.

Em razão de pensamentos retrógrafos, verifica-se o descumprimento da Lei Penal e Processual Penal, bem como da Constituição Federal quanto aos presídios brasileiros, haja vista que o todo o poder emana do povo (BRASIL, 1988), mas quando este não fiscaliza a atuação do Estado ou não se importa com a

transgressão das leis, são cometidas atrocidades sem que exista qualquer tipo consequência. Deveras, a população deveria exigir providências sobre este assunto, assim como se exige em relação a outras violações que ocorrem no contexto social.

6 ALTERNATIVAS E MUDANÇAS EM PROL DO SISTEMA PENITENCIÁRIO BRASILEIRO

Diante das condições precárias e desumanas, na qual se encontra o sistema penitenciário brasileiro, assim como anteriormente abordado, torna-se imprescindível a implementação de medidas, em alto grau de urgência, a fim de proporcionar mudanças nesse cenário que permeia a coletividade.

Nas palavras de Santos e Bo (2019, p. 47) “É necessário mudar esta triste realidade, e a reinserção do preso, com iniciativas semelhantes às aqui descritas são fundamentais para esse fim”. É importante, desse modo, a instituição de Políticas Públicas, tal como a campanha intitulada “Começar de Novo” desenvolvida pelo Conselho Nacional, juntamente com o Supremo Tribunal Federal, com o fito de reintegrar o condenado no seio social (DUARTE, 2018).

O Poder Público, em conjunto com órgãos midiáticos, além disso, poderiam instituir campanhas e propagandas nas redes sociais acerca da temática analisada, a fim de reduzir os impasses relativos ao sistema prisional, além de incentivar órgãos privados na efetivação do tratamento penal (DULLIUS E HARTMANN, 2011). Para fomentar o mercado de trabalho aos egressos de estabelecimentos prisionais e, por conseguinte, a sua ressocialização, os literatos destacam, *in verbis*:

Outras iniciativas incluem: a nível nacional, o Decreto nº 9.450, de 24 de julho de 2018, que instituiu a Política Nacional de Trabalho no âmbito do Sistema Prisional, visando a reinserção de pessoas presas e egressos no mercado de trabalho (BRASIL, 2018); e a nível estadual, a criação de associações de proteção e assistência aos condenados; e o Programa Novos Rumos, que promove oportunidades de ensino, capacitação profissional e recolocação no mercado de trabalho para presos e egressos do sistema prisional (SANTOS E BO, 2019, p. 47).

O Estado deveria desenvolver, ademais, programas de prevenção, com o fito de proporcionar ao apenado melhores condições de vida, trabalho e educação, tal como prescrito na Lei de Execução Penal (BRASIL, 1984). Com isso, reduzir a criminalidade e os índices de reincidência, evitando, por conseguinte, que alguns egressos retornem ao mundo do crime para garantir a sua subsistência.

Verifica-se, portanto, que as referidas medidas devem ser implementadas

na sociedade, em grau de urgência, ante a situação precária que se encontra o sistema prisional brasileiro. Tanto o Poder Público quanto os membros da coletividade possuem um papel relevante nesse contexto, haja vista que é por meio de suas atitudes, que se resgatará a dignidade que o apenado um dia possuiu (DUARTE, 2018).

7 CONCLUSÃO

Diante de todo o exposto, a partir do estudo de doutrinas, artigos científicos, normas vigentes e jurisprudências, evidencia-se que não há no sistema penitenciário brasileiro, a consagração dos direitos garantidos aos presos, o que denota a falta de interesse do Estado e daqueles que o governam em fazer cumprir a lei.

Torna-se, desse modo, extremamente necessária a intervenção da população na atuação estatal, a fim de fiscalizar e buscar o maior e melhor cumprimento das normas vigentes, de modo geral. Além do empenho do Estado em criar políticas públicas efetivas, a fim de solucionar a problemática em comento, assim como exposto ao longo da presente abordagem.

Imprescindível, portanto, a necessidade em se abordar o presente tema em trabalhos científicos e em pesquisas acadêmicas, com o fito de conquistar o maior respeito pelo disposto no ordenamento jurídico pátrio e o progresso de nossa sociedade, tornando-a, assim, mais justa e democrática.

REFERÊNCIAS

ASSIS, Rafael Damaceno de. **A realidade atual do sistema penitenciário brasileiro**. DiretoNet, 2007. Disponível em: <https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/3481/A-realidade-atual-do-sistema-penitenciario-brasileiro>. Acesso em: 16 out. 2019.

ÀVILA, Angélica et al. As conseqüências do sistema prisional brasileiro. **JusBrasil**, 2015. Disponível em: <https://lipooliveira336.jusbrasil.com.br/artigos/324482464/as-consequencias-do-sistema-prisional-brasileiro>. Acesso em: 25 nov. 2019.

BOTTARI, Elenilce; PONTES Fernanda; CARRIELLO, Gabriel. Falta de higiene e de assistência são responsáveis por 61% das mortes do sistema penitenciário brasileiro. **O Globo**. Rio de Janeiro, 24 set. 2019. Disponível em: [https://oglobo.globo.com/brasil/falta-de-higiene-de-assistencia-sao-responsaveis-por-61-das-](https://oglobo.globo.com/brasil/falta-de-higiene-de-assistencia-sao-responsaveis-por-61-das-mortes-no-sistema-penitenciario-brasileiro-23967579)

[mortes-no-sistema-penitenciario-brasileiro-23967579](https://oglobo.globo.com/brasil/falta-de-higiene-de-assistencia-sao-responsaveis-por-61-das-mortes-no-sistema-penitenciario-brasileiro-23967579). Acesso em: 25 nov. 2019.

BRASIL. **Constituição Federal**. Brasília, DF, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 15 nov. 2019.

BRASIL. **Lei nº 7.210**, de 11 de julho de 1984. Institui a Lei de Execução Penal. Brasília, DF, 1984. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm. Acesso em: 12 out. 2019.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Dados das Inspeções nos Estabelecimentos Penais**. Brasília, DF, 2019. Disponível em: http://www.cnj.jus.br/inspecao_penal/mapa.php. Acesso em: 16 out. 2019.

CORDEIRO, Eliana L. et al. Perfil epidemiológico dos detentos: patologias notificáveis. **Avances en enfermaria**. Bogotá, v. 36, n. 2, ago. 2018. p. 170-178.

DUARTE, Thais L. Amor, Fidelidade e Compaixão: “sucata” para os presos. **Sociologia e Antropologia**. Rio de Janeiro, v. 3, n. 6, dez. 2013, p. 621-641.

DUARTE, William. **Os desafios da reinserção do egresso do Sistema Prisional Brasileiro ao mercado de trabalho e a sociedade**. Conteúdo Jurídico, 2018. Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/51867/os-desafios-da-reinsercao-do-egresso-do-sistema-prisional-brasileiro-ao-mercado-de-trabalho-e-a-sociedade>. Acesso em: 13 out. 2019.

DULLIUS, Aladio A.; HARTMANN, Jackson A. M. Análise do sistema prisional brasileiro. **Âmbito Jurídico**, 2011. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-penal/analise-do-sistema-prisional-brasileiro/>. Acesso em: 16 out. 2019.

MACHADO, Nicaela O.; GUIMARÃES, Issac S. A Realidade do Sistema Prisional Brasileiro e o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana. **Revista Eletrônica de Iniciação Científica**. Itajaí, Centro de Ciências Sociais e Jurídicas da UNIVALI. v. 5, n.1, 2014. p. 566-581.

MACHADO, Stéfano J. **A ressocialização do preso a luz da Lei de Execução da Pena**. 2008. Monografia (Bacharel em Direito). Universidade do Vale do Itajaí, Biguaçu, 2008.

MIRABETE, Julio F. **Execução Penal**. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

RIBEIRO, José R. F. Ribeiro; BRITO, Rafael G. G. Brito; OLIVEIRA, Tarsis B. A ressocialização do apenado por meio da participação da sociedade: o trabalho como instrumento no processo de reintegração. **Vertentes do Direito**. v.5, n.1, 2018.

SANTOS, Wener V. dos; BO, Franciney M. As dificuldades do sistema prisional e a ressocialização do apenado no Estado do Amazonas. **Nova Hileia - Revista Eletrônica de Direito Ambiental da Amazônia**. v. 3, n. 2, fev. 2019.

SILVA, Brenda F. L. A mitigação dos Direitos Humanos em face a superlotação carcerária. **Revista Científica Eletrônica do Curso de Direito**. 12 ed, jul. 2017.

TORRES, Andrea A. A Lei de Execução Penal e as Atribuições do Serviço Social no Sistema Penitenciário: Conservadorismo pela via da “Desassistência” Social. In: CARVALHO, Salo de (org.). **Crítica à Execução Penal: Doutrina, Jurisprudência e Projetos Legislativos**. Rio Ed Janeiro: Editora Lumen Juris, 2002.

ZAFFARONI, Eugenio R. **Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal**. 5. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001.

O NOVO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL URUGUAIO E A INSTITUIÇÃO DO MODELO ACUSATÓRIO

Elizabeth Azevedo¹

Mirenchu Maitena dos Santos Rivas²

Resumo: O novo Código de Processo Penal da República Oriental do Uruguai, que entrou em vigor em novembro de 2017, instaurou um modelo processual prioritariamente acusatório. O novo modelo de processo consagra um modelo acusatório, adversarial, oral e público, mudando radicalmente com o modelo processual anterior que era escrito e inquisitório. Desta forma, as mudanças ocorridas são significativas e estão a exigir um intenso esforço de adaptação e transformação da cultura inquisitorial arraigada nas práticas dos atores judiciais. Assim sendo, a presente pesquisa visa analisar quais são foram as principais mudanças realizadas no Novo Código de Processo Penal do Uruguai e qual é a inovação no que concerne ao papel do juiz neste novo modelo processual. Para tanto, através de revisão bibliográfica e documental, realizar-se-á uma análise crítica da referida legislação, a fim de poder realizar um comparativo com as inovações do novo código uruguaio e o código de processo penal brasileiro.

Palavras-chave: Novo Código, Processo Penal Uruguaio, Sistema Acusatório.

Abstract: The new Code of Criminal Procedure of the Oriental Republic of Uruguay, which entered into force in November 2017, introduced a primarily accusatory procedural model. The new process model enshrines an accusatory, adversarial, oral and public model, radically changing with the previous procedural model that

-
- 1 Graduada do 8º semestre do Curso de Direito da Universidade Federal do Pampa - campus Sant'Ana do Livramento/RS. Email: azevedoecm@gmail.com. Currículo *lattes*: <http://lattes.cnpq.br/1130756741941962>.
 - 2 Graduada do 8º semestre do Curso de Direito da Universidade Federal do Pampa - campus Sant'Ana do Livramento/RS. Email: m.maitena@hotmail.com. Currículo *lattes*: <http://lattes.cnpq.br/4763165161187592>.

was written and inquisitive. Thus, the changes that have taken place are significant and are demanding an intense effort to adapt and transform the inquisitorial culture rooted in the practices of judicial actors. Therefore, this research aims to analyze what were the main changes made in the New Code of Criminal Procedure of Uruguay and what is the innovation regarding the role of the judge in this new procedural model. Therefore, through a bibliographic and documental revision, a critical analysis of the referred legislation will be carried out, in order to be able to make a comparison with the innovations of the new Uruguayan Code and the Brazilian Penal Code.

Keywords: New Code, Uruguayan Criminal Proceedings, Accusatory System.

INTRODUÇÃO

O período que compreende os últimos quinze anos da República Oriental do Uruguai tem sido denominado de “Era Progressista”. Isso em razão das medidas de caráter liberal que o governo da Frente Ampla, partido de esquerda, conseguiu aprovar durante os seus três mandatos presidenciais, de 2005 a 2019, tais como a legalização da interrupção da gravidez até a décima segunda semana, por vontade da gestante, e a regulamentação da *cannabis*. Neste mesmo contexto, foi aprovado e entrou em vigor o Novo Código de Processo Penal do Uruguai, fundado em sólidas bases acusatórias.

O novo código tramitou a partir da formação de uma Comissão integrada por representantes dos diversos setores envolvidos na aplicação da justiça penal, que inicialmente se convenceu da *“necesidad de una reforma integral del proceso penal al que no admite más modificaciones parciales”* e, na sequência, realizou um estudo comparativo entre códigos de processo penal do Uruguai e dos demais países da América Latina, *“siendo el Código Procesal Penal Modelo para Iberoamérica el referente primero de dicho trabajo”* (MUJICA, 2017). Concluído o trabalho, o projeto foi remetido ao então presidente José Mujica, que por sua vez o remeteu ao parlamento. Aprovado, o novo Código entrou em vigor em novembro de 2017.

O objetivo da reforma foi o de instaurar o modelo acusatório, de maneira a *“obtener la estricta separación de funciones de los diversos sujetos que intervienen en el proceso penal”* e *“consagrar un proceso de partes contradictorio, por audiencias, concentrado y público, con plena vigencia del principio de inmediación, garantizan-*

do el control ciudadano” (MUJICA, 2017). De fato, o novo Código instaurou um modelo acusatório, adversarial, oral e público. Dentre as diversas inovações, podemos citar as seguintes: a investigação passou a ficar a cargo do Ministério Público; o critério da prevenção passou a ser excludente da competência, isto é, o juiz que atua na fase pré-processual não pode atuar no processo; instaurou-se o procedimento oral, como regra; refundaram-se as regras da prisão preventiva, mediante o estabelecimento de prazos; foram outorgadas maiores possibilidades de participação às vítimas; instituiu-se a possibilidade de negociação da pena entre acusação e defesa.

O antigo Código de Processo Penal do Uruguai, que deixou de ter vigência, estabelecia um sistema processual penal inquisitório e escrito, onde um único juiz era o responsável por investigar, processar e condenar o acusado. Desta forma, as mudanças são significativas e estão a exigir um intenso esforço de adaptação e da transformação da cultura inquisitorial, arraigada nas práticas dos atores judiciais.

Diante deste quadro, a pesquisa pretende explicar as principais inovações contidas no novo Código de Processo Penal do Uruguai, em especial o papel do magistrado, por meio da análise legislativa e doutrinária.

1 O MODELO ACUSATÓRIO E O JUIZ ESPECTADOR

Antes de adentrar na discussão sobre o modelo acusatório e a figura do juiz, é importante realizar, para fins de esclarecimento, a diferenciação entre o sistema processual acusatório e o inquisitório.

Até o século XII o sistema processual penal que predominava era o acusatório, não existiam processos em que a acusação não fosse feita por pessoas legítimas e idôneas. Contudo, transformações ocorreram entre os séculos XII e XIV e o sistema acusatório foi sendo substituído pelo inquisitorial (LOPES JR., 2018, p. 41).

O sistema processual penal acusatório é caracterizado principalmente por ser um sistema processual onde o juiz é tido “como um sujeito passivo rigidamente separado das partes e o julgamento como um debate paritário”, isto é, onde defesa e acusação estejam em níveis iguais de poder e instrução. O processo inicia-se pela acusação, “à qual compete o ônus da prova, desenvolvida com a defesa mediante um contraditório público e oral solucionado pelo juiz” (FERRAJOLI, p. 519). Contrariamente, o sistema processual inquisitório é “todo sistema processual em que o juiz procede de ofício à procura, à colheita e à avaliação das

provas, produzindo um julgamento após uma instrução escrita e secreta, na qual são excluídos ou limitados o contraditório e os direitos de defesa” (FERRAJOLI, p. 520).

A principal diferenciação que pode ser considerada entre os dois sistemas processuais são as garantias atribuídas ao acusado, ao acusador e ao juiz. Enquanto no sistema processual acusatório o julgador, figura importante no processo penal, detêm uma postura imparcial e que não lhes são atribuídos poderes instrutórios, de forma que a acusação é feita por um terceiro (o Ministério Público, no caso), no sistema processual inquisitório o juiz dirige o andamento processual ao possuir poderes instrutórios, envolvendo-se direta e/ou indiretamente na acusação.

Luigi Ferrajoli (p. 520) lista as seguintes características clássicas do modelo acusatório:

a discricionariedade da ação, o ônus acusatório da prova, a natureza do processo como controvérsia baseada na igualdade das partes, a atribuição a estas de toda atividade probatória e até mesmo da disponibilidade das provas, as conexas publicidade e oralidade do debate, o papel de árbitro ou espectador reservado ao juiz, tanto mais quanto maior for sua origem popular.

Entretanto, “de todos os elementos constitutivos do modelo teórico acusatório, o mais importante, por ser estrutural e logicamente pressuposto de todos os outros, indubitavelmente é a separação entre juiz e acusação” (FERRAJOLI, p. 522).

Já em relação ao sistema inquisitorial, Aury Lopes Jr. (2018, p. 42) entende que

é da essência do sistema inquisitório a aglutinação de funções na mão do juiz e atribuição de poder instrutórios ao julgador, senhor soberano do processo. Portanto, não há uma estrutura dialética e tampouco contraditória. Não existe imparcialidade, pois uma pessoa (juiz-ator) busca a prova (iniciativa e gestão) e decide a partir da prova que ela mesma produziu.

Aury Lopes Jr. (2018, p. 40) ao citar Goldschmidt explica que o autor afirma que a estrutura processual penal de um país funciona de acordo com quão autoritário ou democrático ele seja. Nesse sentido, em uma onda de efetivação dos direitos e garantias de princípios presentes na Constituição uruguaia, bem como de criação de leis que promoveram o fim de diversas práticas conservadoras e tornaram o Uruguai um país mais plural e democrático, foi promulgada a reforma do Código de Processo penal.

A reforma do Código de Processo Penal uruguaio foi de extrema importância, pois passou de ser um sistema inquisitorial a ser um sistema acusatório puro. Isto implicou uma divisão profunda de funções dentro do processo penal. O que antes era uma concentração de funções e poderes na figura do magistrado, passou a ser uma repartição das funções entre os acusadores, ou seja, os promotores, conhecidos no referido país como *fiscales*, os quais passa a assumir toda a tarefa de preparação para o caso e a apresentação do mesmo à justiça. Os defensores passaram a assistir aos acusados com autonomia total, sendo criada uma instituição nova e mais forte para os mesmos. Aos juízes foi reservada a resolução dos conflitos, em especial o ditado da sentença (BINDER, 2017, p. 48).

O Novo Código de Processo Penal uruguaio estabelece de forma clara em seu artigo 9º que:

El proceso penal será público y contradictorio en todas sus etapas, con las limitaciones que se establecen en este Código. Rige en este proceso el principio acusatorio. En aplicación de dicho principio, no se podrá iniciar actividades procesales, imponer prisión preventiva o medidas limitativas de la libertad ambulatoria, condenar o imponer medidas de seguridad, si no media petición del Ministerio Público.

O princípio acusatório encontra-se presente também na Constituição do Uruguai, no artigo 22, o qual expressa que “*todo juicio criminal empezará por acusación de parte o del acusador público, quedando abolidas las pesquisas secretas*”. Este é também um componente essencial do devido processo legal, cuja efetiva vigência só se pode assegurar se estiverem separadas as funções de acusar e julgar (GARDERES, 2018, p. 175).

Diferente ocorre no Brasil, onde a Constituição não prevê de forma expressa que o processo penal se orienta pelo processo acusatório, porém, não existem dúvidas que este princípio está consagrado quando se faz uma análise sistemática da Constituição. Entretanto, em que pese a Constituição de 1988 caracterizar um sistema acusatório, o Código de Processo Penal brasileiro é nitidamente inquisitório (LOPES Jr., 2018, p. 93).

Outra característica importante do sistema acusatório que foi consagrada no novo Código de Processo Penal uruguaio foi que os acusados deixaram de receber um estado de culpado enquanto respondiam à acusação, passando a serem considerados inocentes até prova em contrário. Prevê o artigo 4º do Código de Processo Penal que: “*Ninguna persona a quien se le atribuya un delito debe ser tratada como culpable, mientras no se establezca su responsabilidad por sentencia ejecutoriada*”.

A presunção de inocência passou a impor um dever de tratamento diferente ao que acontecia antes. Este princípio atua em duas dimensões, interna ao processo e exterior a ele. A dimensão interna diz respeito a que o acusador seja inteiramente responsável pela carga da prova e que em caso de dúvida, haja a absolvição, garantindo dessa forma o *in dubio pro reo*. Ainda no que tange à dimensão interna, existem restrições em relação ao uso das prisões cautelares. Ou seja, a presunção de inocência faz com que na dimensão interna sejam impostas regras de tratamento e de julgamento para o juiz (LOPES Jr., 2018, p. 96).

Continua Aury Lopes Jr. (2018, p. 97) explicando que na dimensão externa da presunção de inocência, exige-se que haja uma proteção ao réu contra uma publicidade excessiva e abusiva, a qual estigmatiza de forma precoce o acusado que ainda não recebeu uma condenação. Protege-se assim, a imagem, a dignidade e a privacidade do réu.

Assim, para que o novo Código de Processo Penal uruguaio tenha efetividade a transformação da visão em relação ao acusado não deve partir tão somente do magistrado ou dos outros operadores do direito, mas também da população, em especial da mídia.

No tópico seguinte tratar-se-á especificamente da figura do magistrado e da divisão que foi feita dentro do cargo do juiz para que o princípio acusatório da imparcialidade fosse efetivado.

2 O NOVO CÓDIGO: A POSIÇÃO DO JUIZ

O juiz passou a ter uma nova função dentro do novo processo penal. Se antes o magistrado era o responsável pela investigação, acusação e por sentenciar, hoje o magistrado não pode trazer ao processo nem fatos e nem provas, ficando com a função exclusiva de julgar.

Com o Novo Código de Processo Penal foi criada a figura de dois magistrados na atuação do processo. O juiz de garantias passa a atuar tão somente na investigação criminal de forma a resguardar os direitos e garantias do acusado, bem como controlar as provas que serão levadas ao júízo oral, caso seja necessário. O segundo magistrado é o juiz que atua no júízo oral, analisando as provas e valorando as mesmas. Será este juiz, que por não estar contaminado com os primeiros atos da investigação, ditará a sentença, a qual será muito mais imparcial.

Buscou-se garantir a independência e a imparcialidade do juiz, não só pelo novo desenho de organização do sistema judicial, mas também pelos poderes e

deveres que foram assignados ao cargo e pelas claras limitações que foram impostas (CAMPOS, 2017, p. 327).

Alberto Binder (2017, p. 15) ao referir-se à imparcialidade dos juízes explica que,

la imparcialidad es un oficio, no es una calidad moral, ni es ni siquiera un talante. Eso son otras cosas, pero la imparcialidad es un oficio, es saber estar en un juego de intereses y la función de él no es gestionar ninguno de los intereses sino preservar las reglas del juego de los intereses que están dando vuelta allí. [...] el juez el único valor, principio, valor social en el cual apoya su espalda para construir su legitimidad es la verdad. El compromiso del juez republicano con la verdad es tan fuerte, tan absolutamente fuerte, que es indisoluble.

Não obstante, o magistrado mantém a função de direcionar a audiência, sendo ele quem ordenará as leituras pertinentes, quem fará advertências quando for necessário, quem irá moderar a discussão, impedindo que sejam feitas referências inadmissíveis, impertinentes ou dilatórias, respeitando sempre o livre exercício da ação penal e o direito à ampla defesa e contraditório (CAMPOS, 2017, p. 327).

Ao referir-se às mudanças processuais penais que vem ocorrendo e a posição do juiz dentro desse contexto, Alberto Binder (2017, p. 21) acredita que

[...]el juez es un actor importante en la implementación, la jurisprudencia en el futuro es la sintonía fina, al principio es buena parte de la sintonía gruesa. Los códigos son siempre productos imperfectos, estos códigos si uno tiene claro lo que está buscando -en términos no tanto de modelos procesales sino de funciones sociales- los vamos a ir llevando a lugares que hoy día la sociedad necesita en términos de gestión de conflictos, de cultura cívica, de observar a la justicia, de entender la imparcialidad, de comprender el litigio.

A instituição de um processo penal com dois magistrados é uma importante inovação legislativa e da organização do judiciário. Cumpre analisar, portanto, o porquê da existência de dois juízes, um de garantias e um juiz oral, bem como de forma o processo é afetado com estas duas figuras.

2.1 POR QUE DOIS JUÍZES?

Na vigência do Código de Processo Penal de 1980, o qual possuía um sistema inquisitorial, o juiz era quem dirigia toda a investigação, quem coletava as provas, quem acusava, e também quem ditava a sentença. Os acusados inclusive não tinham sequer direito a defesa durante a investigação (CARRERAS, 2017,

p. 277).

É preciso ressaltar que já no ano de 1969 o Uruguai já era signatário do Pacto de San José da Costa Rica, porém ratificou a referida convenção somente em 1985, depois da promulgação do antigo Código de Processo Penal. No artigo 8º do referido documento expressa-se que

Toda pessoa terá o direito de ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou Tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou na determinação de seus direitos e obrigações de caráter civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza. 2. Toda pessoa acusada de um delito tem direito a que se presuma sua inocência, enquanto não for legalmente comprovada sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade[...].

Na década de 1990 o sistema inquisitorial vinha perdendo forças, até que em 2005 o princípio acusatório foi consagrado na Constituição da República, no artigo 22. A partir daí, o requerimento por parte do Ministério Público para acusar passou a ser um pressuposto básico, bem como foi admitida a defesa técnica durante a investigação (CARRERAS, 2017, p. 278).

Porém essa mudança não foi suficiente para que o juiz se tornasse imparcial, pois na medida em que é ele que recebe a denúncia, no momento de sentenciar está completamente contaminado com o processo.

Entre os principais pressupostos do sistema acusatório é que o juiz seja imparcial, dessa forma, exige-se do magistrado que ele não tenha nenhum tipo de conhecimento ou intervenção no conflito. Para isso torna-se indispensável a figura de dois juízes, um para resolver as questões preliminares e outro que receba as provas e decida o litígio.

Esse foi o principal motivo para a criação da figura do juiz de garantias e do juiz oral, tornar efetivo o princípio da imparcialidade e dar ao processo verdadeira perspectiva acusatória.

O princípio do Juiz natural presente no artigo 2º do novo Código de Processo Penal uruguaio é de extrema importância, na medida que

Es un valor entendido que el principio del Juez natural constituye la garantía convencional y constitucional que hace a la base de la forma democrático-republicana de gobierno y al Estado de Derecho.[...] constituye prácticamente un principio de carácter universal (al menos en Occidente) según que la Ley se ailie más a un proceso de tipo acusatorio o de tipo inquisitivo, vamos a notar sensibles diferencias en cuanto a los roles que la misma determine para la actuación del Juez (GOMAR, 2018, p. 52).

Em razão do apresentado, o legislador uruguaio optou por criar a figura do juiz de garantias e do juiz oral. Nos tópicos seguintes trataremos das diferenças entre um e outro e o papel que ocupam dentro do processo penal.

2.2 O JUIZ DE GARANTIAS, A FORMALIZAÇÃO DA INVESTIGAÇÃO E O CONTROLE DA ACUSAÇÃO

O juiz de garantias tem como principal função equilibrar o exercício da função estatal de investigação dos delitos, com a preservação dos direitos a garantias fundamentais da pessoa que está sendo investigada ou acusada (CARRERAS, 2017, p.280).

Este juiz terá de ponderar a prática correta e necessária para o desenvolvimento do trabalho da justiça penal, com a preservação de direitos e garantias, valorizando dessa forma a legalidade e legitimidade do Estado de intrometer-se nos direitos fundamentais quando estes estiverem em conflito com a necessidade da persecução criminal.

Beatriz Larrieu de las Carreras (2017, p. 281) entende que a função do juiz de garantias

está dirigida a la autorización, control o adopción de medidas que afecten derechos fundamentales del imputado y a la producción de prueba anticipada, en los casos previstos en ley. [...] el juez deberá adoptar la decisión valorando dos extremos: la necesidad de la medida a los fines de la investigación y la afectación que se ocasione en los derechos fundamentales del imputado.

É preciso deixar claro que o juiz de garantias não é o juiz de conhecimento, dessa forma, não pode ele valorizar a responsabilidade da pessoa que está sendo acusada, mas somente limitar sua atuação ao controle das garantias.

Alberto Binder esclarece (2017, p. 19) que

El juez que controla garantías y advierte nulidades, lo que hace es advertir a las partes: “miren, me parece que esta prueba no es lícita, discutan”. El juez va a tomar la decisión, eso nunca está en duda. El control de oficio es siempre advertir a las partes que puede existir, eso le da muchísimas posibilidades al juez de garantías, es un juez con un papel muy importante para normalizar el litigio.

O juiz de garantias será o magistrado responsável pela audiência de controle de acusação, a qual tem como objetivo preparar a audiência de juízo oral. Nesta fase a defesa poderá sinalizar defeitos formais, opor exceções e propor acordos. Cada parte oferecerá suas provas e poderá questionar as provas da parte contrária. O juiz irá aceitar ou rechaçar as provas, bem como sancionar os acordos que

vierem a surgir entre as partes. Todas as questões serão resolvidas em audiência de forma oral (CAMPOS, 2017, p. 356).

Passados até três dias após a audiência de controle de acusação, o juiz que interveio na mesma, deverá redigir o auto de abertura ao júízo, o qual será encaminhado ao juiz responsável pelo júízo oral.

Este auto de abertura deverá conter: a) o órgão jurisdicional competente para intervir no júízo oral; b) o nome das partes com seus respectivos domicílios; c) a acusação e as contestações admitidas; d) os fatos que se deram como verdadeiros em razão das provas apresentadas; e) as provas que foram admitidas, com os dados necessários para que possam ser apresentadas em júízo; f) as teorias que foram propostas e rechaçadas; e g) quando existir medida cautelar, a indicação sobre sua subsistência e sua duração (artigo 269.1 CPPU).

Em até cinco dias depois de ditado o auto de abertura ao júízo oral, as partes serão comunicadas sobre o juiz que irá intervir na audiência e a data em que a mesma será realizada. O júízo oral não poderá ser realizado antes de passados dez dias e nem depois de três meses da notificação do auto de abertura.

Pode-se dizer então que a audiência de controle de acusação ou audiência preliminar, tem como finalidade principal decidir se o caso passa ou não ao júízo oral. Seria esta uma audiência filtro, a mais importante e de maior complexidade na etapa de investigação penal preparatória.

Griselda Noemí Strologo (2017, p. 114) entende a audiência de controle de acusação como um júízo de valor à acusação fiscal, pois o que se discute inicialmente é a seriedade da mesma, gerando-se um debate sobre ela. O promotor sustentará na audiência de forma oral, por quais fatos está acusando e com quais evidências conta para sustentar sua tese. Se esta acusação for coerente, sólida e razoável e se ainda se considera que pode-se chegar a uma condenação, será admitida a acusação e posteriormente se dará a abertura ao júízo.

Alberto Binder (2017, p. 20) ao analisar de forma crítica a atuação que os júizes de garantias vêm exercendo explica que

Uno de los problemas que estamos teniendo ahora es que los jueces de garantías, que son los que tienen la audiencia preliminar y el discernimiento de prueba, no se toman en serio ese trabajo y le tiran todo al juez de juicio. Entonces los jueces se encuentran con juicios donde las partes no han hecho convenciones probatorias, se dejan pasar testigos más allá de los necesarios. ¿Y a los jueces de juicio que les estamos pidiendo? Bueno, sea más pasivo, controle que la acusación cumpla y cuide que el juicio se haga concentradamente.

Apesar das dificuldades que vêm sendo apresentadas no dia a dia da práti-

ca processual penal, o juiz de garantias têm uma carga de importância altíssima dentro da ação penal, para que assim o sistema acusatório possa ser efetivado. Passar-se-á a apresentar ao leitor as características e finalidades do júízo oral e do magistrado que dirige o referido ato.

2.3 O JUIZ E O JUÍZO ORAL

O juiz do júízo oral é o juiz de conhecimento do caso, e será ele o responsável por de forma imparcial, receber e valorizar as provas que forem apresentadas em audiência e por fim ditar a sentença, condenando ou absolvendo o acusado, impondo ou não uma pena.

O magistrado que atua neste momento processual tem competência para dirigir a audiência, a qual também será o responsável por presidi-la, fazendo as advertências legais, bem como moderar o debate entre as partes. O juiz terá poder de disciplina, velando pela ordem e o devido respeito (artigo 270.1, CPP).

O júízo oral será realizado com a presença ininterrupta do juiz e de todas as partes, não podendo o acusado retirar-se da audiência sem autorização do juiz (artigo 270.2, CPP). A audiência ocorrerá de forma contínua e deverá se prolongar em sessões sucessivas até sua finalização, podendo o tribunal suspender as audiências quando houver absoluta necessidade e pelo tempo mínimo necessário, não podendo ser a audiência interrompida por mais de dez dias, salvo em casos excepcionais e devidamente fundamentados pelo magistrado (artigo 270.3, CPP).

Constituído o tribunal em dia e hora programada se declarará aberto o debate, devendo em primeiro momento esclarecer ao acusado a importância do referido ato, o significado da audiência e os direitos que o mesmo possui. Em seguida será cedida a palavra ao Ministério Público para que exponha suas alegações de abertura, posteriormente a defesa terá mesmo direito. Ao acusado fica garantido o direito de manifestar-se durante toda a duração do júízo oral, sempre que o tribunal considerar oportuno (artigo 270.4 e 270.5, CPP).

Posteriormente serão produzidas as provas, começando pela prova da acusação, vítima e por último com a prova da defesa. As provas deverão ser produzidas em júízo, não sendo válida a incorporação como prova àquelas realizadas durante a investigação, salvo as que hajam sido cumpridas com as regras das provas antecipadas ou que exista um acordo entre as partes (artigo 271.1, CPP).

Produzidas as provas, dar-se-á início às alegações finais, começando pelo

Ministério Público, advogado da vítima e por último, a defesa. Todas as partes têm direito a réplica. As alegações finais deverão orais, ficando permitido a leitura somente de citações e notas. Finalmente, ao acusado será concedido o direito de manifestar-se e logo será declarado o fim do debate (artigo 271.6, CPP).

O juiz oral deverá assim que finalizada a audiência ditar a sentença de forma fundamentada. Quando houver uma situação de complexidade o tribunal poderá prorrogar a audiência por um prazo maior de quinze dias (artigo 271.7, CPP).

Como apresentado, o juiz oral finaliza o trabalho começado pelo juiz de garantias, de modo a concluir aquilo que objetiva o sistema acusatório, que o magistrado possa julgar o processo de forma imparcial, sem contaminação.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O pequeno Uruguai, nos últimos quinze anos passou por grandes mudanças legislativas, as quais transformaram a sociedade de diversas formas. O país se tornou uma república que dá efetividade aos direitos e garantias de grupos historicamente discriminados, desconstruiu preconceitos que seguem presentes em muitos países da América Latina e em meio a tantas “revoluções” internas, mudou o seu sistema processual penal.

Deixou-se para trás o sistema inquisitório e passou vigorar o acusatório. Entre as tantas mudanças que essa transformação gera, nos detivemos na figura que o magistrado passou a ter dentro do processo. Aquele que antes dirigia a investigação criminal, coletava as provas e acusava era o mesmo que ditava a sentença. Hoje o processo penal no Uruguai tornou-se muito mais democrático, imparcial e justo.

Foi criada as figuras do juiz de garantias e do juiz oral. O primeiro é responsável por controlar a fase investigatória, resguardando os direitos e garantias da pessoa que está sendo acusada, bem como controlando a real necessidade de persecução penal por parte do Estado. Este não é o juiz de conhecimento da causa, mas o juiz que irá atuar de modo a que o juiz oral possa exercer seu papel de forma imparcial.

O juiz oral, como dito, é o juiz de conhecimento. Este irá valorizar e ponderar as provas que serão apresentadas de forma oral em audiência, depois de terem sido autorizadas a serem produzidas na primeira audiência, pelo juiz de garantias. Dessa forma o juiz do juízo oral terá uma visão completamente diferente

dos fatos, uma visão imparcial e apta para poder ditar a sentença, absolvendo ou condenando o acusado.

Todas estas mudanças tem como objetivo não só respeitar os tratados e convenções internacionais dos quais o Uruguai é signatário, mas também transformar o país em um Estado de direito efetivamente democrático, que respeita e torna efetiva suas normas constitucionais.

Contudo, nem tudo são flores e tamanhas mudanças não são tão simples de serem efetivadas em sua totalidade. Para que elas possam dar-se, os operadores do direito devem despir-se da cultura inquisitorial ainda presente em seus atos e em sua forma de pensar e atuar no processo. É preciso mudar a mentalidade e forma como se vê o processo penal, para assim o Código de Processo Penal possa dar efetividade aos princípios que o guiam.

Entretanto, os operadores do direito não são o único obstáculo a ser ultrapassado. A sociedade uruguaia, ainda que haja se transformado de forma progressista em vários sentidos, ainda encontra-se presente a cultura inquisitória deixada pelo antigo código, o que afeta e torna difícil que leigos entendam as diferenças que ocorreram no sistema processual penal. A ideia de que o que acontecia antes era a melhor forma, a correta, ainda se faz presente.

Exemplo disso é o fato de em pleno de 2019, durante o primeiro turno das eleições presidenciais foi votado um plebiscito, o qual foi encabeçado pelo senador Jorge Larrañaga, do Partido Nacional, através da campanha “*vivir sin miedo*”, que tinha o objetivo de reformar a Constituição, agregando por exemplo a possibilidade de pena de reclusão permanente ou cumprimento de pena sem possibilidade de progressão de regime, entre outros.

Ainda que o plebiscito não tenha sido aceito pela população, recebeu 46,8% dos votos. Soma-se a isso o fato de que no segundo turno das eleições, como uma diferença de aproximadamente trinta mil votos em relação a Frente Ampla, o Partido Nacional, de centro-direita, através de uma coalizão com outros partidos também de direita, ganhou a eleição e já indicou ao cargo de Ministro do Interior, Jorge Larrañaga, o qual ficará com a responsabilidade de controlar a segurança pública do país, bem como será o responsável pelo corpo policial do Uruguai.

Este cenário político faz com que surjam inúmeras dúvidas sobre quais os rumos que a política processual penal uruguaia irá tomar, bem como, até que ponto o novo Código de Processo Penal, o qual a nosso sentir é um dos melhor

códigos da América Latina, vai se tornar realmente efetivo, ou se novas reformas acontecerão.

REFERÊNCIAS

BINDER, Alberto M. *La reforma de la justicia penal en América Latina como política de largo plazo*. In: URUGUAY, Asociación de Magistrados del (org). **Estudios sobre el nuevo proceso penal: implementación y puesta en práctica**. - Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 2017.

_____. *El juez en los procesos penales reformados*. In: URUGUAY, Asociación de Magistrados del (org). **Estudios sobre el nuevo proceso penal: implementación y puesta en práctica**. - Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 2017.

CAMPOS, Santiago Pereira. *Roles de los sujetos y principales estructuras del nuevo sistema procesal penal*. In: URUGUAY, Asociación de Magistrados del (org). **Estudios sobre el nuevo proceso penal: implementación y puesta en práctica**. - Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 2017.

CARRERAS, Beatriz Larrieu de las. *La actuación del juez en el nuevo proceso penal*. In: URUGUAY, Asociación de Magistrados del (org). **Estudios sobre el nuevo proceso penal: implementación y puesta en práctica**. - Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 2017.

CONVENÇÃO AMERICANA SOBRE DIREITOS HUMANOS. **Pacto de San José da Costa Rica**. Disponível em: https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm. Acessado em: 26/10/2019.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. - 3. ed. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

GARDERES, Santiago. *Principios de publicidad y contradicción. Principio acusatorio. El derecho a un proceso de duración razonable*. In: **Curso sobre el nuevo código del proceso penal**. vol 1 - Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 2018.

GOMAR, Santiago Labat Pérez. *El principio del juez natural*. In: **Curso sobre el nuevo código del proceso penal**. vol 1 - Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 2018.

LOPES Jr. Aury. **Direito Processual Penal**. - 15. ed. - São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

MUJICA, José. **Exposición de Motivos del Código del Proceso Penal**. Ley 19.293. Disponível em: <https://legislativo.parlamento.gub.uy/temporales/9552609.PDF> Acessado em: 28/07/ 2019.

STROLOGO, Griselda Noemí. *El rol del juez en la audiencia de control de acusación*. In: URUGUAY, Asociación de Magistrados del (org). **Estudios sobre el nuevo proceso penal: implementación y puesta en práctica**. - Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 2017.

URUGUAI. **Código del Proceso Penal**. Disponível em: <https://www.impo.com.uy/bases/codigo-proceso-penal-2017/19293-2014> . Acessado em: 26/10/2019.

_____. **Constitución de la República**. Disponível em: <https://parlamento.gub.uy/documentosyleyes/constitucion> . Acessado em: 30/10/2019.

O PROCESSO PENAL DO RÉU INDÍGENA NO BRASIL

Bruna Hoisler Sallet¹

Resumo: O Brasil é caracterizado por sua multiculturalidade e, segundo o último censo do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), 817.963 indígenas habitam o país. Diante disso, questiona-se: o processo penal brasileiro possui instrumentos e garantias específicas destinadas aos indígenas acusados, condenados ou privados de liberdade? Para tanto, através do método hipotético-dedutivo, com pesquisa documental e empírica, são relacionadas tais garantias, tanto a nível internacional quanto nacional, assim como são averiguadas suas possíveis aplicações no contexto brasileiro. Entende-se que ainda não está em vigor no ordenamento jurídico brasileiro um compilado normativo específico para o tratamento do indígena pelo sistema de justiça criminal. Necessário, portanto, avançar na garantia dos direitos humanos dessa população, sob pena de um genocídio étnico dos povos indígenas no Brasil pela via jurídico-penal.

Palavras-chave: Indígenas, Processo Penal, Diversidade Cultural.

Abstract: Brazil is characterized by its multiculturalism and, according to the last census of the Brazilian Institute of Geography and Statistics (IBGE), 817,963 indigenous people inhabit the country. Given this, the question is: Does the Brazilian criminal process have specific instruments and guarantees intended for the indigenous people accused, convicted or deprived of liberty? For that, through the hypothetical-deductive method, with documentary and empirical research, such guarantees are presented, both in the international and national sceneries, as well as their possible applications in the Brazilian context. It is widely regarded that a specific normative compilation for the treatment of indigenous by the criminal justice

1 Mestranda em Direito no Programa de Pós-Graduação em Direito na Universidade Federal de Pelotas (PPGD/UFPEL), Pelotas/RS. Bolsista da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES), Brasil. bhsallet@gmail.com.

system is not yet in force in the Brazilian legal system. Therefore, it is necessary to advance in the guarantee of the human rights of this population, under penalty of an ethnic genocide of the indigenous peoples in Brazil through the criminal justice system.

Keywords: Indigenous, Criminal Procedure, Cultural Diversity.

1 INTRODUÇÃO

O Brasil possui a multiculturalidade como característica marcante em sua formação. Entretanto, carecem estudos jurídicos relacionando a diversidade cultural e a seara processual penal. Diante disso, o presente artigo busca verificar quais são as garantias penais decorrentes da condição étnica específica das pessoas indígenas.

Para tanto, em um primeiro momento, através do método hipotético-dedutivo, com pesquisa bibliográfica e documental, averigua-se a trajetória dos direitos indígenas, tanto no âmbito internacional quanto nacional, demonstrando a gradual modificação da concepção acerca desses povos e, conseqüentemente, o aprimoramento de seus direitos. A partir disso, destacam-se as seguintes garantias penais: a possibilidade de responsabilização dos membros das comunidades indígenas conforme instituições próprias, desde que respeitados os direitos humanos; a consideração dos valores indígenas, quando estes submetidos ao poder punitivo estatal; a utilização do critério da autoidentificação; o uso de intérpretes; a atenuação de pena; o cumprimento de pena em regime inicial de semiliberdade e no local de funcionamento do órgão federal de assistência aos índios.

Posteriormente, através de pesquisa empírica, verifica-se a jurisprudência relacionada à aplicação dessas garantias decorrentes da condição étnica específica da pessoa indígena. Discorre-se, ainda, sobre eventuais óbices ao pleno exercício desses direitos. Conclui-se pela existência da vulnerabilização do indígena no sistema penal brasileiro, de forma que se faz necessária a atualização dos aplicadores do direito brasileiro acerca das novas orientações legislativas sobre a temática, a fim de se estabelecer uma cultura jurídica de proteção às garantias penais indígenas.

2 HISTÓRICO DO TRATAMENTO JURÍDICO-PENAL DO INDÍGENA

No âmbito normativo, a questão da defesa dos direitos da pessoa indígena tomou substancial relevância a partir da Organização Internacional do Trabalho (OIT), órgão especializado da Organização das Nações Unidas (ONU). Isso porque, no século XX, discutia-se acerca do trabalho escravo o qual os povos indígenas eram comumente submetidos. Assim, em 1926, criou-se a Comissão de Peritos em Trabalhos Indígenas, a fim de avaliar a precariedade das condições de trabalho desses indivíduos, resultando, em 1930, na Convenção nº 29 da OIT (ONU/OIT, 1930), a qual recomendava que os Estados impedissem a exploração do trabalho escravo das populações indígenas das Américas.

A partir disso, a OIT tornou-se importante instrumento de debate sobre os direitos indígenas, tendo em vista que diversas conferências foram realizadas, comissões formadas e recomendações operadas acerca da defesa dos povos tradicionais. Em 1957, aprovou-se a Convenção nº 107 da OIT (ONU/OIT, 1957) sobre a proteção das populações indígenas e outras populações tribais e semitribais de países independentes, sendo um dos primeiros documentos a reconhecer o direito internacional dos povos indígenas e estabelecer obrigações aos Estados que o ratificaram.

Posteriormente, percebeu-se a necessidade de uma abordagem distinta no trato dos direitos dos povos indígenas. Até então, preponderava-se a visão integracionista, a qual, ligada aos conceitos de aculturação e assimilação, pressupõe a superioridade da sociedade “civilizada” frente à sociedade indígena. Diante disso, em 1989, foi aprovada a Convenção nº 169 da OIT sobre Povos Indígenas e Tribais em Países Independentes.

A nova Convenção surgiu sob uma nova orientação, conforme seu próprio preâmbulo expõe: “a evolução do direito internacional desde 1957 e as mudanças sobrevindas na situação dos povos indígenas e tribais em todas as regiões do mundo fazem com que seja aconselhável adotar novas normas internacionais” (ONU/OIT, 1989). Reconhece-se, portanto, “as aspirações desses povos a assumir o controle de suas próprias instituições e formas de vida e seu desenvolvimento econômico, e manter e fortalecer suas identidades, línguas e religiões, dentro do âmbito dos Estados onde moram” (ONU/OIT, 1989).

Portanto, os artigos elencados na Convenção nº 169 da OIT são orientados para a finalidade de garantia ao respeito pela integridade, identidade social e cultural, costumes, tradições e instituições dos povos indígenas. Abandona-se, assim, a noção de integração ou assimilação do indígena a uma suposta comunhão nacional. Aos países que ratificaram a Convenção nº 169 da OIT, entre eles o

Brasil, tornou-se obrigatório o cumprimento de suas disposições, exigindo-se que adaptassem suas legislações em conformidade ao espírito do referido documento.

Tratando-se especificadamente do âmbito penal da Convenção nº 169 da OIT, no artigo 9, tem-se que, na medida em que compatível com o sistema jurídico nacional e com os direitos humanos, deverão ser respeitados os métodos tradicionais utilizados pelos povos indígenas para repressão de delitos cometidos por seus membros. Além disso, deverão ser levados em conta os costumes desses povos quando tribunais forem solicitados a pronunciarem-se acerca de questões (ONU/OIT, 1989). O artigo 10 da Convenção, por sua vez, dispõe sobre a aplicação de legislação geral aos indígenas, referindo que, ao sancioná-los penalmente, deverão ser observadas suas características próprias. Além disso, deverão ter preferência a outros métodos de punição que não o encarceramento (ONU/OIT, 1989).

A partir do arcabouço jurídico proporcionado pela OIT, a Assembleia Geral das Nações Unidas aprovou, em 2007, a Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas. Na Declaração foi reafirmado que os indivíduos indígenas têm direito a todos os direitos humanos reconhecidos no direito internacional, inclusive o direito de determinarem sua própria identidade ou composição, sem restar prejudicada sua cidadania nos Estados onde vivem (ONU, 2007).

Dessa forma, tratando-se especificadamente da determinação de suas instituições, procedimentos, costumes ou sistemas jurídicos, foi disposto que os povos indígenas têm o direito de promovê-los, assim como de determinar a responsabilidade dos indivíduos para com suas comunidades, nos termos do artigo 35 da Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas de 2007 (ONU, 2007). Restou clara a intenção de confirmar o entendimento pela possibilidade de os próprios indígenas utilizarem seus métodos de responsabilização, desde que isso não viole os direitos humanos. Ainda, ratifica-se que a utilização de fontes outras de direitos, quais sejam, os meios próprios de responsabilização, não obsta o pertencimento à cidadania brasileira.

Importante destacar, também, a Carta Democrática Interamericana, aprovada pela Organização dos Estados Americanos, em 2001. A Carta chama a atenção, de forma geral, em seu artigo 9º, para a eliminação da discriminação de gênero, étnica e racial, além de recomendar a promoção e proteção dos direitos humanos dos povos indígenas como fortalecimento da democracia (OEA, 2001).

Além disso, menciona-se a Declaração Americana dos Povos Indígenas, de

2016, a qual dispõe, em seu artigo 1, sobre o critério fundamental da autoidentificação para determinar a quem se aplicaria a normativa (OEA, 2016). A garantia da autoidentificação de forma expressa foi extremamente relevante diante da recorrente problemática representada pelo não reconhecimento de determinado indivíduos *sub judice* enquanto indígenas. Em decorrência disso, tais indivíduos perpassavam o sistema jurídico sem qualquer atenção especial em relação a sua condição étnica e, conseqüentemente, tinham suas garantias específicas afastadas.

Além disso, importante conquista da Declaração Americana dos Povos Indígenas é representada pelo item 3 do artigo 22. O dispositivo discorre sobre como deverão ser tratados os assuntos relacionados aos povos indígenas na jurisdição de cada Estado. Nesse sentido, aponta que deverá ser promovida a plena representação, com dignidade e igualdade perante a lei, de forma que deverá ser feito o uso de intérpretes linguísticos e culturais (OEA, 2016). Portanto, verifica-se que, no contexto internacional, os direitos indígenas foram sendo progressivamente assegurados e aprimorados. Sendo assim, abandonou-se a concepção integracionista e concebeu-se uma postura de respeito à diversidade cultural e étnica desses grupos e indivíduos.

No contexto brasileiro, por sua vez, podem ser apontadas basicamente duas legislações mais relevantes sobre o tema, quais sejam, o Estatuto do Índio, de 1973, e a Constituição Federal, de 1988. Além disso, cita-se a recente Resolução nº 287/2019, do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), tratando especialmente sobre a seara criminal.

O Estatuto do Índio foi promulgado em 1973, tendo como finalidade a regulamentação da situação jurídica dos indígenas. O entendimento do referido documento era em consonância com o Código Civil de 1916, dispondo, em seu artigo 6º, inciso IV, os silvícolas como relativamente incapazes, submetendo-os a um regime tutelar que “cessará à medida de sua adaptação” (BRASIL, 1973). Nesse sentido, transcreve-se o artigo 1º do Estatuto do Índio: “Esta Lei regula a situação jurídica dos índios ou silvícolas e das comunidades indígenas, com o propósito de preservar a sua cultura e integrá-los, progressiva e harmonicamente, à comunhão nacional” (BRASIL, 1973).

No artigo 2º são elencados os deveres do Estado brasileiro para a proteção das comunidades indígenas e a preservação dos seus direitos. Entre tais deveres, elenca-se o de respeitar os valores culturais, tradições, usos e costumes dos indígenas durante o processo de sua integração à comunhão nacional. Ou seja, a principal legislação indigenista ainda vigente no Brasil é pautada sob o paradigma

integracionista. O artigo 3º encarrega-se da definição de índio ou silvícola e de comunidade indígena ou grupo tribal. O primeiro é definido como indivíduo de “ascendência pré-colombiana que se identifica e é identificado como pertencente a um grupo étnico cujas características culturais o distinguem da sociedade nacional” (BRASIL, 1973). O segundo é definido basicamente como um conjunto de famílias ou comunidades índias, que, vivendo em estado de completo isolamento ou em contatos permanentes com setores da comunhão nacional, não estão integrados a ela.

O artigo 4º traz um ponto crucial, que é a classificação do índio em I) isolado, II) em vias de integração e III) integrado. Os índios isolados são aqueles que “vivem em grupos desconhecidos ou de que se possuem poucos e vagos informes através de contatos eventuais com elementos da comunhão nacional” (BRASIL, 1973); os índios em vias de integração são aqueles que conservam parte das condições de sua vida nativa, mas aceitam algumas práticas e modos de existência comuns aos demais setores da comunhão nacional, da qual vão necessitando cada vez mais para o próprio sustento; os índios integrados são aqueles que, ainda que conservem usos, costumes e tradições característicos da sua cultura, são incorporados à comunhão nacional e reconhecidos o exercício dos direitos civis. O artigo 7º do Estatuto do Índio traz a delimitação de que somente os índios e as comunidades indígenas ainda não integrados à comunhão nacional ficam sujeitos ao regime tutelar estabelecido pelo Estatuto, devendo essa tutela ser oferecida pela União, que a exercerá através de órgão federal de assistência aos silvícolas, conforme parágrafo segundo do referido artigo.

Por fim, expõe o artigo 9º que qualquer índio poderá requerer ao Juiz competente a sua liberação do regime tutelar previsto no Estatuto do Índio, investindo-se na plenitude da capacidade civil, desde que preencha requisitos tais como I - idade mínima de 21 anos; II - conhecimento da língua portuguesa; III - habilitação para o exercício de atividade útil, na comunhão nacional; IV - razoável compreensão dos usos e costumes da comunhão nacional. Dessa forma, o órgão de assistência poderá reconhecer ao índio, mediante declaração formal, a condição de integrado, cessando toda restrição à capacidade.

Tratando-se exclusivamente das normas penais, tem-se o título VI do Estatuto do Índio. No artigo 56, dispõe-se que deverá ser atenuada a pena do indígena condenado criminalmente, bem como que deverá o juiz, na sua aplicação, atender o grau de integração desse indivíduo. O parágrafo único do artigo 56, por sua vez, faz referência ao cumprimento das penas de reclusão e detenção, de-

vendo estas ser cumpridas, se possível, em regime especial de semiliberdade e no local de funcionamento do órgão federal de assistência aos índios mais próximo à habitação do indígena condenado. O artigo 57 do Estatuto do índio dispõe que será tolerada a aplicação pelas comunidades indígenas de sanções penais ou disciplinares contra os seus membros, conforme suas instituições, desde que não revisitam caráter cruel ou infamante, sendo absolutamente proibida a pena de morte.

Ou seja, embora construído sobre alicerces integracionistas, o Estatuto do Índio traz algumas garantias específicas aos indígenas, as quais podem ser assim sintetizadas: assistência do órgão federal de assistência aos índios, no caso representado pela Fundação Nacional do Índio (FUNAI); atenuação de pena; preferência pelo cumprimento de pena em semiliberdade e no local de funcionamento da FUNAI mais próximo à habitação do índio; possibilidade de aplicação de sanções penais ou disciplinares contra os seus membros conforme suas próprias instituições.

Rompendo com a perspectiva adotada pela legislação indigenista, tem-se a Constituição Federal de 1988, promulgada já sob um contexto democrático e com participação de lideranças e órgãos indígenas na sua elaboração. A carta constitucional reconheceu, em seu artigo 231, a organização social, costumes, línguas, crenças e tradições dos indígenas, bem como os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam (BRASIL, 1988). O artigo representou um marco histórico, pois superou o paradigma integracionista verificado no Estatuto do Índio. Assim, assentada na dignidade humana e no Estado Democrático de Direito. A Constituição Federal de 1988 garante ao indígena o direito de permanecer como indígena, sem que isso afaste a sua cidadania brasileira. Ou seja, não se tem mais o objetivo de integrá-lo, progressiva e harmonicamente, ao Estado-nação, conforme preconizado no estatuto indigenista.

Diante do conjunto de compromissos normativos assumidos pelo Brasil de respeitar os direitos dos povos indígenas, em 2019, foi aprovada a Resolução CNJ nº 287/2019. A resolução busca suprir algumas lacunas, especialmente na seara criminal, ao estabelecer procedimentos ao tratamento das pessoas indígenas acusadas, réis, condenadas ou privadas de liberdade, bem como dá diretrizes para assegurar os direitos dessa população no âmbito criminal do Poder Judiciário. A resolução, que está em vigor desde 30 de setembro de 2019, é fundamentada na legislação internacional acima explorada e representa um marco do tratamento jurídico-penal destinado às pessoas indígenas no Brasil. Nela, são apontadas orientações aos tribunais a fim de adequar a realidade das pessoas indígenas que

atravessam o sistema jurídico-penal brasileiro à perspectiva de respeito aos direitos decorrentes da condição étnica específica.

3 A REALIDADE PROCESSUAL E A VULNERABILIZAÇÃO DA PESSOA INDÍGENA NO BRASIL

Diante das garantias penais acima elencadas, cumpre verificar como elas são aplicadas nos tribunais, bem como tecer considerações críticas. A partir da análise da jurisprudência, verificou-se que é feita uma classificação do indígena em integrado à sociedade ou não, de forma que isso repercutirá na sua sujeição à legislação especial ou comum.

De forma geral, o indígena poderá ser considerado integrado se possuir título de eleitor, compreender a língua portuguesa e exercer direitos civis, conforme teor do *Habeas Corpus* nº 243.794 – MS e do Recurso Especial nº 1.129.637 – SC. Aliado a esses elementos, indicam-se a ostentação de tatuagem, conforme verificado no *Habeas Corpus* nº 293.476 – SP. Por fim, também poderá ser considerado integrado à sociedade se existirem outros elementos nos autos que o julgador creditar serem suficientes, conforme observado na redação do Recurso Especial nº 1.129.637 – SC.

Dessa forma, quando o indivíduo for considerado integrado à sociedade, não lhe serão tuteladas as garantias contidas na legislação especial indígena pátria e internacional. Dentro dessa perspectiva, o Estado brasileiro reserva aos seus povos originários apenas duas possibilidades: 1) ‘isolados da civilização’, como sociedades paradas no tempo; 2) ‘integrados à civilização’, como cidadãos marginais à sociedade nacional. Da leitura do Estatuto do Índio, fica claro que é o indígena que deve integrar a “civilização”, e não o contrário (CABRAL JÚNIOR; VÉRAS NETO, 2018, p. 136-137).

Ocorre que tal leitura sobre o grau de integração dos indígenas não é recepcionada pela legislação internacional e nem pela Constituição Federal, a qual rompeu com a noção indigenista integracionista e com a unidade cultural do Estado Nação, adotando a postura de reconhecimento da coexistência de diferentes povos e da proteção da diversidade étnica e cultural no país.

Conforme Taiar (2008, p.75, 76), o ordenamento penal, estruturado para o exercício do *jus puniendi*, deve demonstrar em sua operacionalização a influência axiológico-normativa da Constituição Federal, evidenciando que tem a dignidade do homem como uma referência, limite e finalidade. Dessa forma,

deverá o sistema penal deixar transparecer as feições da ideologia constitucional e o princípio da dignidade humana deverá ser imperativo na hermenêutica penal. Corroborando Queiroz (2001, p. 39) ao afirmar que a missão do juiz criminal, antes de julgar os fatos, é julgar a lei a ser aplicada, verificando sua compatibilidade com a Constituição, de forma que, se entendê-la lesiva à Carta Magna, deverá interpretá-la em conformidade com a mesma e, não sendo isso impossível, deixará de aplicar a norma declarando a sua inconstitucionalidade.

Entretanto, verificou-se que os julgadores brasileiros, de forma geral, insistem em utilizar conceitos ultrapassados de classificação em indígena integrado à sociedade ou não. Assim, julgando ainda sob a ótica integracionista do Estatuto do Índio de 1973 e sob a ótica da tutela-incapacidade do Código Civil de 1916, afastam a concepção inaugurada pela Constituição Federal de 1988. No vigente regime constitucional, conforme Freitas (2002, p. 154,155), não é cabível a concepção de tutela-incapacidade, uma vez que ela é substituída pela tutela proteção, conforme os termos do *caput* do art. 231 da Constituição Federal de 1988. Dessa forma, a hermenêutica que conduz à restrição de garantias penais próprias dos indígenas motivada pelo seu grau de integração viola a atual tutela constitucional, cuja orientação basilar é do princípio da dignidade humana.

No âmbito penal, o princípio da humanidade das penas, derivação por excelência do princípio da dignidade humana, é refletido em alguns dispositivos do artigo 5º, da Constituição Federal, tais como os incisos III, XLVII, XLVIII e XLIX. O referido princípio tem como função ser um limitador da atividade estatal punitiva e também um propulsor de prestações do Estado para que se garanta o respeito à dignidade da pessoa condenada penalmente.

Ocorre que, ao negar ao indígena a possibilidade de cumprir pena diversa da prisão, conforme verificado nas decisões do *Habeas Corpus* nº 243.794 – MS, não se efetiva a recomendação da Convenção 169 da OIT e do Estatuto do índio, violando-se, assim, o princípio da humanidade das penas. Isso porque, o ambiente carcerário será ao indígena ainda mais hostil e degradante, uma vez que ele possui práticas e tradições diferentes, cujo amplo exercício não será possibilitado nas penitenciárias.

Outra violação decorrente é ao princípio da individualização da pena, assegurado no art. 5º, inciso XLVI, da Constituição Federal e art. 5º da Lei 7.210/84 (Lei de Execução Penal). Sobre a individualização da pena na execução penal, Mirabete (1997, p. 50) refere que ela não pode ser igual para todos os presos, justamente porque todos são sumariamente diferentes. Entretanto, na decisão do

Recurso Especial nº 1.129.637 – SC, uma vez que o indígena foi considerado integrado à sociedade, afastou-se a atenuante e o cumprimento inicial em regime semiaberto, assegurados no art. 56, caput e parágrafo único, respectivamente, do Estatuto do Índio. Assim, aferição de sua integração afastou a garantia derivada de sua condição pessoal étnica e violou o princípio da individualização da pena.

Por fim, cumpre discorrer sobre o princípio da ampla defesa, o qual assenta-se dividido em defesa técnica e defesa pessoal. A defesa pessoal está atrelada à atuação do sujeito passivo no sentido de resistir à pretensão punitiva, defendendo a si mesmo como indivíduo singular. No caso da perseguição penal do indígena, a ampla defesa resta prejudicada pois o intérprete com domínio da língua indígena é tido como desnecessário quando oréu indígena compreende a língua portuguesa.

Consequentemente, o princípio da igualdade processual também é violado. Utilizando a lição de Cintra, Grinover e Dinamarco (2011, p. 60), a igualdade substancial positiva requer a atuação do Estado para suprir as desigualdades existentes e transformá-las em igualdade real, tendo em vista que a simplificada ideia de igualdade de todos perante a lei, na verdade, é uma ficção jurídica. A igualdade real não é concretizada pelo Estado quando, através das decisões dos indivíduos investidos de jurisdição, não é assegurado ao indígena um intérprete linguístico e cultural, conforme é recomendado pelo item 3, do artigo 22, da Declaração Americana dos Povos Indígenas.

Portanto, conclui-se que dimensões intimamente ligadas à antropologia jurídica refletem na seara penal. Nota-se, na seara jurídica, a permanência do ideário de indígena como aquele indivíduo selvagem e totalmente desconexo da sociedade não indígena. Ignora-se, assim, a atualidade vivenciada por esses povos no país, cujo percentual de população residente na área urbana representa 38,5% (IBGE, 2010). Assim, a negação de direitos efetuada por uma interpretação ultrapassada e restritiva, feita a partir de critérios de grau de integração, reflete em vulnerabilização do réu indígena e em violação a princípios constitucionais penais, tais como o da dignidade humana, da humanidade das penas, da individualização da pena, da ampla defesa e da igualdade processual.

4 CONCLUSÃO

Diante do estudo realizado, verificou-se que as pessoas indígenas possuem garantias penais específicas, sendo algumas delas dispostas em documentos internacionais e outras na própria legislação doméstica. Anteriormente, entendia-se a

pessoa indígena como alguém que precisava ser tutelado e integrado à sociedade não indígena. Entretanto, a orientação atual é de que a autonomia e os costumes desses povos devem ser respeitados.

Tal mudança de perspectiva também influenciou na percepção sobre as garantias penais específicas desses indivíduos. Ocorre que, muitas vezes, os aplicadores do direito, ainda pautados na orientação anterior, realizam uma classificação entre pessoas indígenas integradas ou não à sociedade. Àquelas consideradas integradas serão afastadas as garantias penais específicas.

Notou-se, portanto, que a negação de direitos efetuada por uma interpretação judicial ultrapassada e restritiva reflete em vulnerabilização do réu indígena, bem como em violação a princípios constitucionais penais. Sendo assim, necessário avançar na garantia dos direitos humanos dessa população, sob pena de um genocídio étnico dos povos indígenas no Brasil pela via jurídico-penal.

REFERÊNCIAS

- BRASIL. IBGE. **Censo Demográfico 1991/2010**. 2010. Disponível em: http://www.oas.org/OASpage/port/Documents/Democratic_Charter.htm Acesso em: 30 nov 2019.
- BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm Acesso em: 30 nov 2019.
- BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Resolução nº 287 de 25/06/2019**. Disponível em: https://atos.cnj.jus.br/files/resolucao_287_25062019_08072019182402.pdf Acesso em 30 nov 2019.
- BRASIL. **Lei nº 6.001, de 19 de dezembro de 1973 (Estatuto do Índio)**. 1973. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6001.htm Acesso em: 30 nov 2019.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (6. Turma). **Habeas Corpus no 243.794 - MS**. Relatora: Min. Maria Thereza De Assis Moura, 11 de março de 2014. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1303652&num_registro=201201086078&data=20140324&formato=PDF Acesso em: 30 nov 2019.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (5. Turma). **Habeas Corpus no 293.476 - SP**. Relator: Min. Gurgel de Faria, 18 de fevereiro de 2016. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=57335413&num_registro=201400980483&data=20160308&tipo=51&formato=PDF Acesso em: 30 nov 2019.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (6. Turma). **Recurso Especial no 1.129.637 - SC**. Relator: Min. Sebastião Reis Júnior, 25 de fevereiro de 2014. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=33725532&num_registro=200901199888&data=20140310&tipo=51&formato=PDF Acesso em: 30 nov 2019.
- CABRAL JÚNIOR, Luciano Roberto Gulari; VÉRAS NETO, Francisco Quintanilha. Cidadania indígena e pluralismo jurídico: crítica ao estatuto do índio. **Revista de Direitos e Garantias Fundamentais**, Vitória, v. 19, n. 02, p. 123-148, maio/ago., 2018.
- CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Execução penal**: comentários a Lei n. 7.210, de 11-7-84. 8. ed. São Paulo: Atlas, 1997.

ONU. **Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas**. 2008. Disponível em: http://www.un.org/esa/socdev/unpfii/documents/DRIPS_pt.pdf Acesso em: 30 nov 2019.

ONU. OEA. **Declaración Americana Sobre Los Derechos de los Pueblos Indígenas**. 2016. Disponível em: http://www.un.org/esa/socdev/unpfii/documents/DRIPS_pt.pdf Acesso em: 30 nov 2019.

ONU. OIT. **Convenção 169 sobre povos indígenas e tribais**. 1989. Disponível em: http://www.ilo.org/brasil/convencoes/WCMS_236247/lang-pt/index.htm Acesso em: 30 nov 2019.

QUEIROZ, Paulo de Souza. **Direito Penal** – Introdução Crítica. São Paulo: Saraiva, 2001.

TAIAR, Rogério. **A dignidade da pessoa humana e o direito penal**: a tutela dos direitos fundamentais. São Paulo: SRS Editora, 2008.

PLEA BARGAINING À LA MORO E A SUPERVALORAÇÃO DA CONFISSÃO

Shirley Lafaety Duda da Silva¹

RESUMO: No presente artigo abordaremos uma discussão a respeito do *plea bargaining* previsto no Pacote Anticrime e a sua possível tendência a supervaloração da confissão. Temos como objetivo refletirmos sobre os problemas da implementação desse instituto aqui no Brasil e as possíveis alternativas. Inicialmente, faremos uma breve exposição e discussão a respeito da justiça negocial, bem como que no segundo capítulo iremos debater acerca do acordo penal como um mecanismo moderno de tortura psicológica. O método utilizado para essa pesquisa foi qualitativo a partir da análise de referencial bibliográfico. Por fim, concluímos como questionável a implementação do *plea bargaining* brasileiro porque direitos e garantias fundamentais serão violados.

Palavras-chave: *Plea Bargaining*, Pacote Anticrime, Justiça Negocial, Supervaloração, Confissão.

ABSTRACT: In this article we will discuss the bargaining plea provided for in the Anti-Crime Package and its possible tendency to overvalue the confession. We aim to reflect on the problems of the implementation of this institute here in Brazil and the possible alternatives. Initially, we will make a brief presentation and discussion on negotiating justice, as well as that in the second chapter we will discuss the criminal agreement as a modern mechanism of psychological torture. The method used for this research was qualitative from the bibliographic reference analysis. Finally, we conclude as questionable the implementation of the Brazilian plea bargaining because fundamental rights and guarantees will be violated.

Key-words: *Plea Bargaining*, Anti-crime Package, Judicial Negotiation, Overvalue, Confession.

¹ Pós-Graduanda em Ciências Penais pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS) e Advogada criminalista (shirleylafaety@hotmail.com).

1 INTRODUÇÃO

Esse trabalho versa sobre o instituto do *plea bargaining* previsto no Pacote Anticrime e a sua possível tendência a superavaliação da confissão. Inicialmente, faremos uma breve exposição e discussão a respeito da justiça negocial, bem como que no segundo capítulo iremos debater acerca do acordo penal como um mecanismo moderno de tortura psicológica.

O Pacote Anticrime foi proposto como forma de findar o processo penal, assim como a justiça negocial também possui esse propósito, isto é, evitar que o processo tenha início e continuidade, uma vez que o processo criminal é visto como um obstáculo.

É importante lembrarmos que antes de assumir o cargo do ministério Sergio Moro atuava como juiz federal e protagonizou processos importantes e decisões no mínimo questionáveis do ponto de vista técnico processual penal. Não se busca tecer comentários a respeito do ministro ou do projeto proposto por ele, mas tão somente, iremos analisar o *plea bargaining* e os seus problemas.

Ademais, se faz necessário ponderar que o *plea bargaining* não é o único modelo de justiça negocial que o Brasil busca ou buscou adotar, temos como maior exemplo a transação penal, a qual está prevista no Art. 76 da Lei nº 9.099/95 (Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais), sendo que esse instituto restou banalizado.

Destaca-se, também, que, em tese, haveria uma incompatibilidade entre sistemas jurídicos, pois, o *plea bargaining* tem origem na *common law* ao passo que no Brasil adotamos a *civil law*, entretanto, possíveis incongruências não seriam um fator tão determinante assim.

Esse instituto se apresenta como possível solução para as questões relacionadas ao sistema processual penal brasileiro, uma vez que este é visto como garantista, moroso e oneroso, além disso, o respeito as regras do jogo são interpretadas como verdadeiros obstáculos, como oportunamente referido.

Um dos principais problemas que decorrem desse mecanismo de justiça negocial são o hiperencarceramento e a superavaliação da confissão, sendo que nesse texto iremos delimitar o nosso debate na assunção da culpa, que se dá através de tortura psicológica, aliás, podemos compreender o *plea bargaining* como um mecanismo moderno análogo à tortura.

O possível pretexto para a implementação desse instituto é de que com ele haveria uma maior celeridade, seria menos oneroso, dentre inúmeros outros

aspectos, porém, princípios, direitos e garantias fundamentais são relativizados para que ele se concretize e se torne eficaz.

Outra justificativa para a sua implementação é de que o nosso sistema processual penal necessita de reformas. De fato, precisamos pensar e efetivar reformas e alguns recortes, mas podemos tomar como exemplo, países latino americanos que vivenciam ou já vivenciaram uma realidade similar a nossa, como a reforma no sistema processual penal do Chile que se mostrou bastante positiva, sendo que facilmente poderíamos nos inspirarmos no país vizinho.

Pondera-se que é cultural no Brasil a ocorrência de violações aos direitos e garantias fundamentais e processuais penais, isto é, as regras do jogo não são respeitadas, fazendo-se aqui uma alusão a “Teoria dos Jogos” no processo penal.

Contudo, acabamos idealizando um modelo completamente incompatível e repleto de defeitos como é o *plea bargaining* e inevitavelmente os problemas que dele decorrem serão projetados e ocorrerão aqui também.

Finalmente, o nosso estado penal está fragilizado e como discutido necessita de reformas e consertos, não da forma que se apresenta, mas, com institutos e mecanismos que se adéquam ao cenário brasileiro, e, primeiro, sem que para isso se tenha que suprimir direitos e garantias fundamentais.

2 JUSTIÇA ATUARIAL E OS NOVOS MODELOS DE PUNIÇÃO

Esse artigo foi pensado para discutir os efeitos do instituto do *plea bargaining* previsto no projeto legislativo intitulado de “Pacote Anticrime”, o qual foi proposto pelo atual Ministro da Justiça e Segurança Pública, senhor Sérgio Moro. Existem alguns pontos desse exemplo de modelo de justiça negocial que valem a pena serem discutidos e enfrentados, todavia, nesse trabalho será analisada restritamente a tendência da supervaloração da confissão.

Desse modo, não há que se falar em *plea bargaining* sem antes falarmos acerca da justiça negocial. A justiça atuarial como também é conhecida surge a partir de importantes reformas no processo penal de países latino-americanos e de países europeus como Itália, Espanha e Portugal. Muitas destas tinham como pretensão reformar sistemas auferidos do juízo inquisitivo, os quais tiveram poucas reformas levando-se em consideração os modelos dos códigos do Século XIX e XX. Essa nova política criminal democrática tinha como pretensão tender ao sistema acusatório².

2 ANITUA, Gabriel Ignacio. **Introdução à criminologia**: uma aproximação desde o poder de julgar. Florianó-

Ocorre que, esse modelo tem intrínseco em si, tornar eficiente o sistema penal, entretanto, o modelo reproduzido em todas essas políticas criminais “eróticas e prejudiciais” como definiria Anitua³, foi o dos Estados Unidos da América. O que podemos observar é que no Brasil não é muito diferente, mas, mais adiante dialogaremos sobre isso.

Além disso, existem algumas características importantes da justiça atuarial, sendo que dentre as quais destacamos que esse modelo surge com a finalidade de findar o processo penal, tendo em vista que se busca uma maior celeridade, eficiência e simplicidade no tocante aos procedimentos, e, principalmente, tornar mais eficiente e concreto o sistema punitivo estatal⁴.

Todavia, o preço para alcançar essa concretização é de que os direitos e garantias fundamentais são suprimidos e vilipendiados, os quais, são vistos como um verdadeiro obstáculo, assim como o processo penal e os seus procedimentos também são vistos dessa forma.

Existe uma correlação entre a justiça negocial e o neoliberalismo econômico, pois, a princípio, a justiça consensual decorre do neoliberalismo econômico. A normalização da prisão é um ponto chave para se compreender o interesse pela punição estatal. Ainda, de acordo com as ideias foucaultianas, se observa que o cárcere como modalidade de sanção somente passa a fazer sentido a partir das rupturas fundamentais para os novos aspectos do modo de produção. Dessa forma:

Este investimento político do corpo está ligado, segundo relações complexas e recíprocas, à sua utilização econômica; é, numa boa proporção, como força de produção que o corpo é investido por relações de poder e de dominação; mas em compensação sua constituição como força de trabalho só é possível se ele está preso num sistema de sujeição (onde a necessidade é também um instrumento político cuidadosamente organizado, calculado e utilizado); o corpo só se torna força útil se é ao mesmo tempo corpo produtivo e corpo submisso.⁵

Assim sendo, podemos afirmar que há sim uma correlação entre a justiça consensual e as políticas do neoliberalismo econômico, principalmente, a partir da leitura de Michel Foucault.

polis: Tirant Lo Blanch, 2018. p. 123.

3 ANITUA, Gabriel Ignacio. **Introdução à criminologia**: uma aproximação desde o poder de julgar. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018. p. 123.

4 GIACOMOLLI, Nereu José. VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. Justiça criminal negocial: crítica à fragilização da jurisdição em um cenário de expansão dos espaços de consenso do processo penal. **Novos Estudos Jurídicos**, v. 20, n. 3, set./dez. 2015. DOI: 10.14210/nej.v20n3.p1108-1134. Disponível em: <https://siaiap32.univali.br/seer/>. Acesso em: 29 nov. 2019.

5 FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir**: nascimento da prisão. 38. ed. Petrópolis: Vozes, 2010. p. 25.

No entanto, ao analisarmos o contexto da política criminal (penitenciária) no Brasil se constata que é um sistema muito complexo, sendo que, o hiperencarceramento, por exemplo, se dá principalmente em virtude da política de drogas⁶ (a qual se mostra bastante errônea e ineficaz desde a sua implementação), razão pela qual, as políticas macroeconômicas ou do neoliberalismo não são os vetores, ou os principais vetores, mas sim, apenas um fator de tantos outros.

Para que haja uma mudança nesse quadro são necessárias algumas medidas como a descriminalização das drogas e erradicação de algumas condutas penais, mas para alcançar isto, primeiramente temos que vencer o desafio da nossa política brasileira.

Acerca da política penitenciária e a sua relação com a ineficácia da política de drogas, ou melhor, o hiperencarceramento e a guerra às drogas que se mostra ineficaz e arbitrário.

Nesse sentido, se faz pertinente refletir que de acordo com os dados do Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias do Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN)⁷, do Ministério da Justiça, referentes ao ano de 2017, o perfil da população carcerária brasileira compreende-se em homens, jovens de 18 a 29 anos, negros e pardos, em situação de vulnerabilidade social, sendo o grau de instrução predominante o ensino fundamental incompleto, bem como que os crimes, em tese, praticados são aqueles contra o patrimônio e o crime de tráfico de drogas, sendo que este último representa a maioria, alcançando mais de 156.000 (cento e cinquenta e seis mil) pessoas privadas da sua liberdade.

Se coloca como “em tese” praticados, haja vista que muitos dos cidadãos que estão encarcerados nem sequer foram sentenciados, isto é, grande parte da população carcerária é de indivíduos presos preventivamente, sendo que, conforme mencionado nem sequer houve instrução processual, e sentença penal condenatória.

De acordo com os dados do Conselho Nacional de Justiça⁸, referente ao ano de 2019 até agora a população carcerária chega a mais de oitocentas mil pessoas que se encontram segregadas.

6 A respeito da política de drogas no Brasil, recomenda-se a leitura do livro *O direito penal da guerra às drogas* de Luis Carlos Valois.

7 BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias**. Atualização em junho de 2017. Brasília, DF: Depen, 2019. Disponível em: <http://depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen/relatorios-sinteticos/infopen-jun-2017-rev-12072019-0721.pdf>. Acesso em: 24 out. 2019.

8 BARBIÉRI, Luiz Felipe. CNJ registra pelo menos 812 mil presos no país; 41,5% não têm condenação. **G1**, Brasília, 17 jul. 2019. Disponível em: <https://g1.globo.com/politica/noticia/2019/07/17/cnj-registra-pelo-menos-812-mil-presos-no-pais-415percent-nao-tem-condenacao.ghtml>. Acesso em: 24 out. 2019.

Em que pese, não seja essa a proposta desse artigo discutir a respeito da política penitenciária e a política de drogas no Brasil, verifica-se que este é apenas um exemplo da complexidade do nosso sistema, motivo pelo qual, fazer a leitura a partir e tão somente das ideias de Michel Foucault e justificar essas problemáticas por meio dos fenômenos da macroeconomia se mostra, no mínimo, limitado e fora da realidade fática, e, porque, o hiperencarceramento do sistema prisional também é um dos efeitos que decorrerá diante da implementação do *plea bargaining* no Brasil.

Retomando a nossa discussão, se faz pertinente destacar que existem outros procedimentos semelhantes ao *plea bargaining*, como, por exemplo, *guilty plea*, *nolo contendere* e *alford plea*. O primeiro corresponde a uma confissão da culpa, possui um elemento formal de que acusado se declara enquanto culpado, o que não, necessariamente possa significar que ele esteja confessando um delito, porém, dentro de um processo, ou seja, existe um processo. Portanto, se compreende que se trata de *plea bargaining*, mas sim, um elemento deste.

No tocante ao *nolo contendere* também conhecido como *no contest plea*, em síntese, significa que o acusado não contesta a imputação contra si, no entanto, não assume a culpa, quer dizer, não se declara nem inocente e, nem culpado. Assim sendo:

O instituto do *plea bargain* tem uma variação nos EUA, a do “*nolo contendere*” (no contest). Significa “sem contestação” — isto é, o réu declara que aceita a culpa, tal como no *plea bargain*. Mas o faz após negociar com o promotor e juiz que a confissão judicial não terá efeitos civis. Assim, ao contrário dos efeitos colaterais do *plea bargain*, a vítima de um crime não poderá usar a condenação criminal como admissão de culpa em uma ação civil contra o réu (como de indenização).⁹

Por fim, no que diz respeito ao *alford plea*, em suma, significa que o acusado se declara culpado, porém, afirma ser inocente, sendo assim, ele é formalmente culpado, por assim dizer, mas não deseja que conste isso no processo criminal movido em seu desfavor, havendo, um protesto simultâneo de inocência, isto é, assume a culpa visando não sofrer uma sanção penal mais gravosa.

Dessa forma, a partir do que foi apresentado nesse capítulo se constata que a justiça negocial possui algumas características como proporcionar maior celeridade e eficácia ao processo penal. Outrossim, como oportunamente mencionado existem outros mecanismos além do *plea bargaining*, apesar de algumas distin-

⁹ MELO, João Ozorio de. Funcionamento, vantagens e desvantagens do *plea bargain* nos EUA. **Consultor Jurídico**, 15 jan. 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-jan-15/funcionamento-vantagens-desvantagens-plea-bargain-eua>. Acesso em: 24 out. 2019.

ções entre eles, existe um ponto em comum, isto é, a relativização de direitos e garantias fundamentais.

3 A NEGOCIAÇÃO PENAL COMO MEIO MODERNO DE TORTURA PSICOLÓGICA

Antes de adentrarmos no ponto nevrálgico da temática se faz necessário esclarecer que a Justiça Negocial ou Atuarial não é tão contemporânea quanto parece como podemos observar no capítulo anterior.

Esse modelo não é inaugurado no Brasil a partir de agora com o *plea bargaining* previsto no “Pacote Anticrime”, ou seja, não se trata de uma novidade, por assim dizer, para melhor contextualizar temos como um maior exemplo de Justiça Negocial no nosso país a transação penal, que está prevista no Art. 76 da Lei nº 9.099/95 (Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais).

No tocante a transação penal se verifica que houve uma banalização do instituto, podemos afirmar, inclusive, que houve um perdimento da essência do que de fato era proposto, porque na maioria das vezes é aplicado em desfavor dos acusados, fundamentado apenas em boletins de ocorrência e sem elementos probatórios suficientes.

Ainda, a respeito da transação penal podemos afirmar que consiste, em síntese, em um oferecimento ao acusado, por parte do Ministério Público, de uma pena antecipada, de multa ou restritivas de direitos, sendo que se aplica a crimes de menor potencial ofensivo; logo se pressupõe que a transação é negociada, sendo assim, “[...] a transação penal deverá ser “negociada” com o autor do fato até que se chegue ou não a um consenso.”¹⁰

Entretanto, se mostra questionável que o instituto previsto no Art. 76 da Lei nº 9.099/95 (Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais) possua vantagens e desvantagens ou que represente admissão de culpa, dessa forma:

A grande (e única) vantagem da transação penal é o fato de não gerar reincidência ou maus antecedentes, apenas servindo para impedir que o acusado seja novamente beneficiado no prazo de cinco anos. Não significa admissão de culpa ou assunção de responsabilidades.¹¹

O *plea bargaining* é um instituto oriundo de países que adotam o sistema jurídico da *common law*, e consiste basicamente no acordo entre o representante

10 LOPES JUNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 756.

11 LOPES JUNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 758.

do Ministério Público e o cidadão acusado, existe, na verdade, uma imposição de uma pena, em tese, menor do que aquela que se poderia impor na eventualidade de que optasse por exercer seus direitos, esse acordo, ou melhor, essa colaboração de forma unilateral representa uma manifesta violação de princípios e direitos, dos quais o acusado abrirá mão.

Assim, se observa que esse acordo penal é diferente da delação premiada porque não há necessidade de se indicar um terceiro, a colaboração se dá entre o acusado e o Promotor de Justiça. Afirma-se que a colaboração é unilateral, porque há, na verdade, uma imposição, não necessariamente aceita de modo voluntário.

Para melhor entendermos o que de fato seria esse acordo, podemos exemplificar do seguinte modo, o acusado foi denunciado pelo crime de homicídio qualificado e o representante do Ministério Público propõe a ele um acordo, se concordar e confessar o delito que lhe é imputado poderá ser condenado a 12 anos de prisão, entretanto, se o acusado não aceitar o acordo e querer seguir com o processo poderá ser condenado a mais de 20 anos de prisão. Se observa claramente que se trata de um mecanismo moderno de tortura psicológica, ou seja, podemos afirmar que *plea bargaining* é análogo à tortura.

Acerca da *common law* já aludido anteriormente é sabido, em síntese, que as decisões são tomadas a partir da interpretação de costumes e precedentes — assim temos Estados Unidos, Reino Unido, País de Gales como um dos principais países que adotaram esse modelo e que adotam a *commom law*.

A respeito disso haveria, em tese, uma incongruência, tendo em vista que o Brasil, onde se busca implementar esse instituto adota a *civil law*, isto é, as decisões são tomadas a partir da interpretação da lei, entretanto, Portugal também implementou o *plea bargaining* e adota a *civil law*, sendo assim, se verifica que o argumento de que haveria incongruências entre sistemas jurídicos não é um fator tão determinante assim. Logo, a possível incompatibilidade se dá por outras razões.

Outro ponto importante a ser destacado é que assim como ocorre em outros países onde esse instituto é adotado, o *plea bargaining* surge com a finalidade de simplificar o processo e os seus procedimentos, principalmente, no tocante aos princípios e direitos, os quais, assim como o processo, são vistos como obstáculos.

Isto é, o respeito às regras do jogo é visto como obstáculo, havendo, um verdadeiro “atropelo” aos princípios e direitos, e, havendo uma relativização. Existe a desculpa de que com a simplificação dos mecanismos procedimentais o

processo será mais célere, até mesmo porque não haverá processo.

Existem algumas colocações a serem feitas, a primeira delas é de que há uma legítima disparidade de armas, uma relação desigual entre o acusador e o acusado, até mesmo porque muitas das vezes o cidadão nem sequer é assistido por um defensor/advogado constituído (que por muitas vezes irá fazer intervenções e isso não se mostra muito interessante para quem quer impor uma pena). Se trata, também, de uma prática persuasória, com vistas a causar constrangimento e inibir a eficácia do procedimento penal.

Destaca-se que esses mecanismos simplificadores não solucionam o problema da ineficácia no tocante ao nível externo do sistema, uma vez que de acordo com Maier esses mecanismos simplificadores não são:

[...] outra coisa que a renúncia a princípios fundamentais do sistema penal e, também, não constituem remédio algum para a ineficácia do procedimento penal, são apenas paliativos que, na maioria das vezes e quase exclusivamente, tentam ocultar essa ineficácia.¹²

O *Plea Bargaining* à la Moro consiste numa proposta de reforma do Código de Processo Penal, previsto no Art. 395-A, em cujo dispositivo está disposto o seguinte:

Art. 395-A. Após o recebimento da denúncia ou da queixa e até o início da instrução, o Ministério Público ou o querelante e o acusado, assistido por seu defensor, poderão requerer mediante acordo penal a aplicação imediata das penas.

§ 1º São requisitos do acordo de que trata o caput deste artigo:

I - A confissão circunstanciada da prática da infração penal;

II - O requerimento de que a pena privativa de liberdade seja aplicada dentro dos parâmetros legais e considerando as circunstâncias do caso penal, com a sugestão de penas em concreto ao juiz; e

III - A expressa manifestação das partes no sentido de dispensar a produção de provas por elas indicadas e de renunciar ao direito de recurso.

§ 2º As penas poderão ser diminuídas em até a metade ou poderá ser alterado o regime de cumprimento das penas ou promovida a substituição da pena privativa por restritiva de direitos, segundo a gravidade do crime, as circunstâncias do caso e o grau de colaboração do acusado para a rápida solução do processo.

§ 3º Se houver cominação de pena de multa, esta deverá constar do acordo.

§ 4º Se houver produto ou proveito da infração identificado, ou bem de valor

12 MAIER, Julio B. J. ¿Es posible todavía la realización del proceso penal en el marco de un Estado de Derecho?. ¿Más Derecho?, Buenos Aires, n. 1, 2000. p. 271.

equivalente, a sua destinação deverá constar do acordo.

§ 5º Se houver vítima decorrente da infração, o acordo deverá prever valor mínimo para a reparação dos danos por ela sofridos, sem prejuízo do direito da vítima de demandar indenização complementar no juízo cível.

§ 6º Para homologação do acordo, será realizada audiência na qual o juiz deverá verificar a sua legalidade e voluntariedade, devendo, para este fim, ouvir o acusado na presença do seu defensor.

§ 7º O juiz não homologará o acordo se a proposta de penas formulada pelas partes for manifestamente ilegal ou manifestamente desproporcional à infração ou se as provas existentes no processo forem manifestamente insuficientes para uma condenação criminal.

§ 8º Para todos os efeitos, o acordo homologado é considerado sentença condenatória.

§ 9º Se, por qualquer motivo, o acordo não for homologado, será ele desentranhado dos autos, ficando as partes proibidas de fazer quaisquer referências aos termos e condições então pactuados, tampouco o juiz em qualquer ato decisório.

§ 10. No caso de acusado reincidente ou havendo elementos probatórios que indiquem conduta criminal habitual, reiterada ou profissional, o acordo deverá incluir o cumprimento de parcela da pena em regime fechado, salvo se insignificantes as infrações penais pretéritas.

§ 11. A celebração do acordo exige a concordância de todas as partes, não sendo a falta de assentimento suprível por decisão judicial, e o Ministério Público ou o querelante poderão deixar de celebrar o acordo com base na gravidade e nas circunstâncias da infração penal.[...]¹³

Verifica-se, portanto, a partir da análise do dispositivo em comento que quando do acordo penal entre Ministério Público ou o querelante e o acusado para aplicação imediata das penas, com requisito da confissão circunstanciada (§ 1º, I), dispensa da produção de provas indicadas pelas partes e renúncia ao direito de recurso (§ 1º, III). O anteprojeto também responsabiliza o juiz em verificar a legalidade e a voluntariedade do acordo (§6º) e a existência de provas suficientes (§7º), o que se mostra, no mínimo, discutível e perigoso.

Sobre tais características elencadas no dispositivo, adentramos na discussão acerca da confissão e assunção da culpa por parte do acusado. Pondera-se que a imposição de uma colaboração leva a uma falsa confissão, isto porque, de acordo

13 Se esclarece que a solução negociada também está disposta no Art. 28-A do “Pacote Anticrime”. (BRASIL. **Projeto de Lei Anticrime**. Brasília, DF, 2019. Disponível em: <https://www.justica.gov.br/news/collective-nif-content-1549284631.06/projeto-de-lei-anticrime.pdf>. Acesso em: 26 out. 2019.)

com estudos acerca dessa temática, principalmente porque se permeia o questionamento sobre em quais condições um indivíduo pode assumir a autoria de um crime que não cometera.

Existe, na verdade, uma relativização da culpabilidade, nesse sentido, as falsas confissões podem ser classificadas enquanto voluntárias, involuntárias, involuntárias complacentes e involuntárias internalizadas.

As falsas confissões voluntárias¹⁴ ocorrem quando um sujeito confessa por vontade própria um delito que não cometeu; logo se pressupõe que não houve um constrangimento de um terceiro para que resultasse nessa confissão.

Geralmente nesse tipo de assunção da culpa estão envolvidas motivações associadas ao desejo de beneficiar alguém (a princípio o verdadeiro autor do delito), bem como possibilidade de ter vantagens a partir da assunção da culpa. Ademais, pode existir, também, motivações relacionadas a psicopatologias ligadas a necessidade de atenção, autopunição, sentimento de culpa ou delírio.

Por sua vez, as falsas confissões involuntárias¹⁵ estão associadas aos procedimentos que ocorrem nas investigações policiais, isto é, nas técnicas persuasórias e coercitivas utilizadas em distritos policiais com a finalidade de promover o interrogatório do indivíduo. Isso ocorre, também, em virtude da vulnerabilidade do indivíduo diante dos processos investigativos.

A partir disso, temos as falsas confissões involuntárias complacentes¹⁶, estas se caracterizam por mecanismos de coerção policial, dentre os quais se destaca o blefe. Essas técnicas se dão com o objetivo de o agente policial obter informações. Muitas vezes a polícia norte-americana se utiliza de informações inverídicas, confrontando o suspeito com a simulação de existência de evidências que se direcionariam para a sua culpa.

Isso ocorre da seguinte forma: o agente policial faz afirmações se utilizando do blefe de que possui provas suficientes acerca da autoria do crime pelo suspeito, ou simplesmente afirma que uma testemunha ocular declarou tê-lo identificado.

Um segundo mecanismo para se obter a confissão seria a partir da influên-

14 WRIGHTSMAN, Lawrence S. **The psychology of evidence and trial procedure**. Beverly Hills: Sage Publications, 1985.

KASSIN, Saul M. The psychology of confession evidence. **American Psychologist**, n. 52, p. 221-233, 1997.

15 GUDJONSSON, Gisli H.; PEARSE, John. Suspect interviews and false confessions. **Current directions in psychological science**, v. 20, n. 1, p. 33-37, 2011.

16 GUDJONSSON, Gisli H.; PEARSE, John. Suspect interviews and false confessions. **Current directions in psychological science**, v. 20, n. 1, p. 33-37, 2011.

cia do ambiente, sendo que Kassin e Gudjonsson¹⁷ assim resumem essa técnica: primeiramente a custódia e isolamento, que aumentam a ansiedade do indivíduo e incerteza deste de modo a enfraquecer sua resistência; outra fase seria por meio da confrontação, se baseia na presunção de culpa do indivíduo, na qual pode-se incluir blefes.

Por fim, a última fase se dá a partir da minimização, ou seja, que consiste na tentativa do interrogador ganhar a confiança do suspeito, oferecendo situações que pudessem atenuar a responsabilidade do sujeito, sugestionando que possivelmente um acidente pode ter acontecido.

Desse modo, por meio de blefe introduzidos por investigadores ou de intimidação, o sujeito acaba confessando um crime que não cometeu para fugir, por assim dizer, de todo o estresse proporcionado através do interrogatório. E muitas vezes o indivíduo acaba confessando, pois, supõe que pode provar a sua inocência confrontando as “provas” mencionadas pelo agente, ou seja, o indivíduo sabe que é inocente, mas acaba cedendo a imposição.

O terceiro e último tipo de falsas confissão seriam as involuntárias internalizadas¹⁸, nesse tipo o indivíduo acredita que de fato tenha praticado o delito, podendo desenvolver, inclusive, falsas memórias. Pessoas jovens e pessoas com histórico de abuso de substâncias se tornam mais vulneráveis a esse tipo.

Apresentadas as classificações das falsas confissões se faz pertinente refletir que nos Estados Unidos as falsas confissões estão presentes a partir desses mecanismos não são imaginéticas, mas sim, reais tanto que, em 1992, foi criado o *Innocence Project*^{19,20} com vistas a exoneração de condenações que se deram de forma injusta, visando, também, uma reforma de justiça criminal.

Retornando para a nossa realidade brasileira verificamos que o principal problema consiste em saber identificar se a confissão foi viciada ou não, em quais circunstâncias elas se deram. Presume-se que tenha se dado de forma legal, haja vista que a Autoridade Policial e o representante do Ministério Público possuem intrínseco em si uma imagem que passa credibilidade e idoneidade.

17 KASSIN, Saul M.; GUDJONSSON, Gisli H. The psychology of confessions: a review of the literature and issues. **Psychological Science in the Public Interest**, n. 5, p. 33-67, 2004.

18 GUDJONSSON, Gisli H.; PEARSE, John. Suspect interviews and false confessions. **Current directions in psychological science**, v. 20, n. 1, p. 33-37, 2011.

19 MELO, João Ozorio de. Instituição estuda por que inocentes confessam crimes. **Consultor Jurídico**, 08 set. 2012. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2012-set-08/instituicao-estuda-porque-pessoas-confessam-crimes-nao-cometeram>. Acesso em: 08 nov. 2019.

20 A respeito do *Innocence Project* recomenda-se a leitura de: O'BRIEN, Sean. **Presumed Guilty: Innocence and the death penalty**. 2007. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/228178221_Presumed_Guilty_Innocence_and_the_Death_Penalty. Acesso em: 08 nov. 2019.

Possivelmente também passaremos por essa dificuldade em saber em quais circunstâncias que a confissão se deu, além disso, dificilmente se questionam os métodos ou a forma dos procedimentos adotados por eles, nem sequer se cogita a hipótese de que existam falsas confissões e que essas confissões não derivaram de conhecimento dos réus sobre o caso, mas sim, que tenham sido motivadas por influências externas.

Um policial e um promotor de justiça passam confiança para a sociedade, o que ao meu sentir, é bastante discutível. O papel do acusador está muito relacionado ao papel político, ou melhor, a “politicagem” esta que não possui um sentido nobre, diferentemente, da política.

Esse meio de tortura é bastante sedutor e despreza limites, pois, o sujeito tem que contar a história que o agente ministerial quer ouvir e sabemos quem são os destinatários dessa arbitrariedade e da ilusória verdade/liberdade, os quais coincidentemente são os mesmos corpos do nosso sistema prisional, havendo, portanto, a retroalimentação do sistema e da seletividade social.

Além disso, essa busca incessante pela confissão representa um verdadeiro retrocesso no nosso processo penal, o qual necessita de reformas e recortes, porém, não estas que foram propostas, pois, são, na verdade, um modo de justiça *fast food* que suprimem e violam direitos e garantias.

Assim, se observa que se faz necessário que haja uma reforma no processo penal, o maior exemplo disso, ocorreu no Chile recentemente, em que pese atualmente esteja vivendo um contexto conflituoso e beligerante, porém, não se deu em virtude da reforma, mas sim, por outros fatores.

Em síntese, a reforma chilena^{21,22} seria uma adequação dos juízes e desembargadores ao Estado Democrático de Direito e a reforma propriamente dita, sendo que a não adequação resultaria em aposentadoria compulsória, por exemplo, que foi uma medida enérgica, mas, ao mesmo tempo, bastante pertinente, representando assim uma adequação compulsória aos novos paradigmas (positivos).

21 RAVAZZANO, Fernanda. A experiência no Chile e a busca por um sistema acusatório no Brasil. **Canal Ciências Criminais**, 05 jul. 2016. Disponível em: <https://canalcienciascriminais.com.br/a-experiencia-no-chile-e-a-busca-por-um-sistema-acusatorio-no-brasil/>. Acesso em: 08 nov. 2019.

22 RODRIGUES JUNIOR, Luiz Otavio. Como se produz um jurista? O modelo chileno (parte 28). **Consultor Jurídico**, 02 set. 2015; Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-set-02/direito-comparado-produz-jurista-modelo-chileno-parte-28>. Acesso em: 08 nov. 2019.

Faz-se necessário referir que o nosso judiciário brasileiro ainda é reflexo do período obscuro da ditadura em nosso país, considerando que inúmeros desembargadores estão no poder desde aquele período nefasto e reproduzem decisões conservadoras, autoritárias e retrógradas (assim como também ocorreu no Chile).

Seria um modelo que o Brasil poderia adotar, entretanto, considerando o nosso contexto político e o perfil dos magistrados brasileiros, podemos concluir, que haveria uma forte resistência por parte destes, os quais lamentavelmente já se mostram resistentes em respeitar os procedimentos processuais penais e respeitar as garantias fundamentais.

4 CONCLUSÃO

A reforma proposta pelo Ministro da Justiça e Segurança Pública se mostra errônea, por si só, pois, não corresponde com a realidade do nosso sistema penal brasileiro, e, porque, a essência do “Pacote Anticrime” foi de copiar o modelo norte americano, cujo instituto, por inúmeros motivos não possui relação alguma com o Brasil, a proposta do Ministro, buscou, portanto, protagonizar algo inexistente.

Outro aspecto importante a ser ponderado é que o *plea bargaining* é um instituto problemático, em si mesmo, e as consequências que dele decorrem como o encarceramento em massa e a superavaliação da confissão (que foi o ponto discutido nesse trabalho), por exemplo, são tendências inevitáveis que podem ocorrer no Brasil a partir da implementação desse mecanismo no nosso sistema processual. Logo, se verifica que esse instituto é incompatível com o nosso sistema, pois, ainda temos muitas coisas a serem amadurecidas, respeitadas e consertadas.

Ademais, o *plea bargaining* representa um manifesto equívoco em querer aplicar no Brasil esse modelo de justiça negociada, como se estivéssemos tratando de direito privado. Além do que se mostra, no mínimo, discutível e perigoso querer transformar o processo penal em “negociatas”.

Destaca-se, também, que o respeito às garantias fundamentais não deve ser confundido com a impunidade, ou seja, respeitar garantias e princípios não é sinônimo de impunidade, há, na verdade, uma distorção desse sentido.

O *plea bargaining* da forma que se apresenta, viola frontalmente os princípios da presunção de inocência, bem como o devido processo legal, enfim, inúmeros são os princípios e garantias vilipendiados, pois, como oportunamente relatado, infelizmente, o respeito às regras do jogo e o processo penal são vistos

enquanto obstáculos e, também, porque para muitos o processo penal é visto como garantista, moroso e oneroso.

Possuo ressalvas a respeito do Pacote Anticrime e o *plea bargaining*. Nós enquanto operadores do direito e pesquisadores não podemos admitir e ficarmos inertes, não podemos tolerar que o retrocesso prevaleça mais uma vez no nosso país, pois vivenciamos na nossa política brasileira um fascismo disfarçado de democracia.

Outrossim, havia feito menção a reforma processual penal no Chile, um país latino americano e mais próximo da nossa realidade, e que o seu sistema penal, é um exemplo a ser seguido, porém, infelizmente, se entende que o preconceito não nos deixa ter outro olhar e outro pensar a respeito.

Ficamos idealizando modelos que são incompatíveis com a nossa realidade brasileira (além do complexo de vira lata), e, ao meu humilde sentir, o *plea bargaining* é um instituto nocivo e problemático, que para ser implementado no Brasil necessitaria de ser moldado e sofrer incontáveis recortes para se adequar ao nosso cenário. Entretanto, ainda que esses recortes e consertos aconteçam esse instituto não proporciona confiança.

Dessa forma, se compreende que a solução, por assim dizer, para o nosso sistema processual penal ainda é o respeito as garantias e os princípios, além disso, como oportunamente referido é importante que haja uma reforma não apenas no Código de Processo Penal brasileiro, mas também, no Código Penal brasileiro, sendo que este último se mostra inadequado e retrógrado (nele ainda estão intrínsecas as ideias fascistas e autoritárias do período ditatorial), está repleto de tipos penais que poderiam ser suprimidos e condutas que poderiam ser descriminalizadas.

Não é muito difícil presumir que iremos pagar um preço muito caro se investirmos no *plea bargaining*, essa roupagem de que trará celeridade, menos onerosidade e maior eficiência se mostra como uma ideia fantasiosa e ilusória, e, **sobretudo**, compreendo esse instituto como muito perigoso, pois, além de violar frontalmente direitos e garantias fundamentais, ele também banaliza o processo penal, e representa um verdadeiro retrocesso (mais um retrocesso na nossa história brasileira).

Por fim, o nosso estado penal está fragilizado e como oportunamente referido necessita de reformas e consertos, não da forma que se apresenta, mas, com instituto e mecanismos que se adéquem ao cenário brasileiro, e, primeiro, sem

que para isso se tenha que suprimir direitos e garantias fundamentais, os quais foram conquistados com tanta luta.

REFERÊNCIAS

ANITUA, Gabriel Ignacio. **Introdução à criminologia**: uma aproximação desde o poder de julgar. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018.

BARBIÉRI, Luiz Felipe. CNJ registra pelo menos 812 mil presos no país; 41,5% não têm condenação. **G1**, Brasília, 17 jul. 2019. Disponível em: <https://g1.globo.com/politica/noticia/2019/07/17/cnj-registra-pelo-menos-812-mil-presos-no-pais-415percent-nao-tem-condenacao.ghtml>. Acesso em: 24 out. 2019.

BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias**. Atualização em junho de 2017. Brasília, DF: Depen, 2019. Disponível em: <http://depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen/relatorios-sinteticos/infopen-jun-2017-rev-12072019-0721.pdf>. Acesso em: 24 out. 2019.

BRASIL. **Projeto de Lei Anticrime**. Brasília, DF, 2019. Disponível em: <https://www.justica.gov.br/news/collective-nitf-content-1549284631.06/projeto-de-lei-anticrime.pdf>. Acesso em: 26 out. 2019.

GUDJONSSON, Gisli H.; PEARSE, John. Suspect interviews and false confessions. **Current directions in psychological science**, v. 20, n. 1, p. 33-37, 2011.

KASSIN, Saul M.; GUDJONSSON, Gisli H. The psychology of confessions: a review of the literature and issues. **Psychological Science in the Public Interest**, n. 5, p. 33-67, 2004.

KASSIN, Saul M. The psychology of confession evidence. **American Psychologist**, n. 52, p. 221-233, 1997.

LOPES JUNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

MAIER, Julio B. J. **¿Es posible todavía la realización del proceso penal en el marco de un Estado de Derecho?**. ¿Más Derecho?, Buenos Aires, n. 1, 2000.

MELO, João Ozorio de. Funcionamento, vantagens e desvantagens do *plea bargain* nos EUA. **Consultor Jurídico**, 15 jan. 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-jan-15/funcionamento-vantagens-desvantagens-plea-bargain-eua>. Acesso em: 24 out. 2019.

MELO, João Ozorio de. Instituição estuda por que inocentes confessam crimes. **Consultor Jurídico**, 08 set. 2012. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2012-set-08/instituicao-estuda-porque-pessoas-confessam-crimes-nao-cometeram>. Acesso em: 08 nov. 2019.

RAVAZZANO, Fernanda. A experiência no Chile e a busca por um sistema acusatório no Brasil. **Canal Ciências Criminais**, 05 jul. 2016. Disponível em: <https://canalcienciascriminais.com.br/a-experiencia-no-chile-e-a-busca-por-um-sistema-acusatorio-no-brasil/>. Acesso em: 08 nov. 2019.

RODRIGUES JUNIOR, Luiz Otavio. Como se produz um jurista? O modelo chileno (parte 28). **Consultor Jurídico**, 02 set. 2015. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-set-02/direito-comparado-produz-jurista-modelo-chileno-parte-28>. Acesso em: 08 nov. 2019.

WRIGHTSMAN, Lawrence S. **The psychology of evidence and trial procedure**. Beverly Hills: Sage Publications, 1985.

PRISÃO PREVENTIVA E COLABORAÇÃO PREMIADA: UTILIZANDO A COAÇÃO PARA EFICIÊNCIA DO MEIO DE OBTENÇÃO DE PROVA

Daiana Ryu¹

Resumo: Este artigo visa analisar a celebração de acordos de colaboração premiada na hipótese de prisão preventiva do colaborador. Na maior operação de combate à corrupção do país, Operação Lava-Jato, os acordos de colaboração premiada foram essenciais para o desvelamento de diversas ações praticadas pelos acusados, contribuindo para eficiência da persecução penal. A prática, porém, tem revelado problemas acerca de sua aplicação, como a celebração de acordos por colaborador preso preventivamente. Essa situação merece especial atenção, eis que a Lei n. 12.850/2013 prevê a voluntariedade como requisito para validade do acordo. Considerando-se o panorama atual da celebração dos acordos de colaboração premiada no Brasil, por meio da análise de alguns casos extraídos da jurisprudência pátria, pretende-se responder: (i) existe voluntariedade na celebração de acordos de colaboração premiada por colaborador preso preventivamente? e (ii) as prisões preventivas decretadas em tal hipótese observam os princípios e garantias que orientam as medidas cautelares pessoais?

Palavras-chave: colaboração premiada, prisão preventiva, voluntariedade.

Abstract: This article aims to analyze the conclusion of award-winning collaboration agreements in the event of preventive custody of the employee. In the country's largest anti-corruption operation, "Operação Lava-Jato", the award-winning collaboration agreements were essential for the unveiling of various actions taken by the accused, contributing to the efficiency of criminal prosecu-

¹ Doutoranda e Mestre em Direito Processual Penal pela Universidade de São Paulo (2018). Pós-graduada em Direito Penal Econômico pelo Instituto de Direito Penal Econômico Europeu da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (2017). Possui graduação em Direito pela Universidade de São Paulo (2013). Membro do Corpo de Pareceristas do Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais e da Revista da Escola da Defensoria Pública do Estado de São Paulo.

tion. The practice, however, has revealed problems regarding its application, such as the signing of agreements by a preventive prisoner. This situation deserves special attention, since Law no. 12.850/2013 provides for voluntariness as a requirement for the agreement to be valid. Considering the current scenario of the conclusion of award-winning collaboration agreements in Brazil, through the analysis of some cases extracted from the Brazilian jurisprudence, the intention is to answer: (i) is there voluntariness in the conclusion of collaboration agreements awarded by a preventive prisoner? and (ii) do preventive arrests decreed in such a hypothesis comply with the principles and guarantees that guide personal precautionary measures?

Keywords: award-collaboration, pre-trial detention, voluntariness.

1 INTRODUÇÃO

A colaboração premiada é um tema bastante atual, tendo sido alvo frequente no debate na área das Ciências Criminais. Tem ganhado ampla notoriedade nos últimos anos, principalmente após a regulamentação de seu procedimento pela Lei nº 12.850/2013 e o advento recente de grandes operações efetivadas pela Polícia Federal e pelo Ministério Público Federal no país.

No presente artigo, visa-se analisar a utilização da prisão cautelar nos casos em que são realizados os acordos de colaboração premiada, a fim de aferir se nesses casos o requisito da voluntariedade previsto no artigo 4º, §7º, da Lei n. 12.850/2013 é observado, bem como se as características e as garantias da relativas à prisão cautelar são respeitadas. Em suma, busca-se responder as seguintes perguntas: (i) existe voluntariedade na celebração de acordos de colaboração premiada por colaborador preso preventivamente? e (ii) as prisões preventivas decretadas em relação ao colaborador observam as características e garantias que orientam as medidas cautelares pessoais?

Para atingirmos referido escopo, no primeiro capítulo, serão abordados os principais aspectos relativos à prisão preventiva, quais sejam as garantias que a orientam, suas características, pressupostos e requisitos. No segundo capítulo, serão tecidas considerações acerca do instituto da colaboração premiada, em especial sobre o requisito da voluntariedade. Por fim, no terceiro capítulo, com base no estudo de alguns casos práticos da jurisprudência pátria, examinaremos

criticamente a utilização da prisão cautelar como instrumento do instituto da colaboração premiada.

2 PRISÃO PREVENTIVA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO: ALGUNS ASPECTOS RELEVANTES

Segundo Gustavo Badaró, a prisão preventiva é a prisão cautelar por “excelência”². Trata-se da medida cautelar mais gravosa prevista no sistema processual penal, tolhendo do acusado direitos fundamentais de extrema relevância³. Consoante Fábio Ramazzini Bechara, é o instrumento de auxílio à perseguição dos objetivos propostos na instância penal⁴, consubstanciando-se na medida cautelar privativa de liberdade que visa prioritariamente assegurar a finalidade útil do processo⁵.

2.1 GARANTIAS RELATIVAS À PRISÃO CAUTELAR

Por ser medida extremamente gravosa aos direitos fundamentais do acusado, a decretação prisão preventiva deve observar essencialmente duas garantias: presunção de inocência e motivação das decisões.

No estudo da prisão cautelar, imprescindível a análise da garantia mais relevante que norteia o sistema das medidas cautelares pessoais, qual seja a presunção de inocência⁶. Conforme Antonio Magalhães Gomes Filho, uma das faces dessa garantia é a de regra de tratamento do acusado, aplicável ao caso da prisão cautelar, tendo em conta que devem ser considerados não legítimos “quaisquer efeitos negativos que possam decorrer exclusivamente da imputação, antes da sentença final”. Assim, a decretação da prisão preventiva somente será legítima se observados seus pressupostos e requisitos, consubstanciando-se em medida de cunho eminentemente cautelar.

No ordenamento jurídico pátrio, a presunção de inocência está prevista no artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal de 1988, nos seguintes termos:

2 BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo Penal**. 5. ed. São Paulo: RT, 2017, p. 1036.

3 RYU, Daiana Santos. **O direito ao desencarceramento do acusado preso cautelarmente, caso não seja julgado no prazo razoável**: análise dos critérios utilizados para aferição do excesso de prazo da prisão cautelar na jurisprudência dos Tribunais Superiores brasileiros. 2018. Dissertação (Mestrado em Direito Processual). Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2018, p. 37.

4 BECHARA, Fábio Ramazzini. **Prisão Cautelar**. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 153.

5 MENDONÇA, Andrey Borges de. **Prisão e outras medidas cautelares pessoais**. São Paulo: Método, p. 223.

6 RYU, Daiana Santos. **O direito ao desencarceramento do acusado preso cautelarmente, caso não seja julgado no prazo razoável**: análise dos critérios utilizados para aferição do excesso de prazo da prisão cautelar na jurisprudência dos Tribunais Superiores brasileiros. 2018. Dissertação (Mestrado em Direito Processual). Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2018, p. 45.

“ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória”. Com base na leitura do texto constitucional, Rogério Machado Schietti Cruz aduz que diante da garantia da presunção de inocência, o imputado somente deverá ser preso preventivamente em razão de “uma imperiosa necessidade, devidamente justificada e apoiada em critérios legais e objetivos”⁷.

Outra garantia bastante relevante que deve orientar a aplicação da prisão preventiva é a garantia da motivação. Isto porque a decisão que decreta a custódia cautelar deve ser adequadamente fundamentada, devendo o órgão julgador se basear em elementos concretos que evidenciem a necessidade da aplicação da prisão preventiva⁸. Para Antonio Magalhães Gomes Filho, na motivação das decisões cautelares, deve o juiz demonstrar a presença de três requisitos, quais sejam: a) gravidade da infração (art. 313, CPP); b) existência do *fumus boni iuris*; c) existência de alguma das hipóteses do *periculum libertatis*.

2.2 CARACTERÍSTICAS DA PRISÃO CAUTELAR

No presente item, serão analisadas algumas características da prisão cautelar, que recorrentemente são tratadas pela doutrina, quais sejam provisionalidade, provisoriedade e excepcionalidade.

Com relação à provisionalidade, importante ressaltar que tal característica diz respeito ao caráter precário da prisão cautelar⁹. Explica Nereu José Giacomolli que a prisão cautelar destina-se a cuidar de uma situação criminal particularizada, tal como nos casos em que se deve proteger a conveniência da instrução criminal ou a aplicação da lei penal¹⁰.

No que tange à provisoriedade, de rigor ressaltar que a duração da prisão cautelar¹¹ deve ser breve, considerando que tem como objeto assegurar uma situação fática¹². Ressalte-se que o caráter provisório da prisão cautelar é essencial

7 CRUZ, Rogério Machado Schietti. **Prisão Cautelar** - Dramas, Princípios e Alternativas. 2.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 69.

8 SANGUINÉ, Odone. **Prisão cautelar, medidas alternativas e direitos fundamentais**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2014, p. 544.

9 WEDY, Miguel Tedesco. **Teoria geral da prisão cautelar e estigmatização**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 96.

10 GIACOMOLLI, Nereu José. **Prisão, liberdade e as cautelares alternativas ao cárcere**. São Paulo: Marcial Pons, 2013, p. 32.

11 Sobre duração da prisão cautelar ver: RYU, Daiana Santos. **O direito ao desencarceramento do acusado preso cautelarmente, caso não seja julgado no prazo razoável**: análise dos critérios utilizados para aferição do excesso de prazo da prisão cautelar na jurisprudência dos Tribunais Superiores brasileiros. 2018. Dissertação (Mestrado em Direito Processual). Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2018.

12 TUCCI, Rogério Lauria; DELMANTO JUNIOR, Roberto. Sistematização das medidas cautelares processuais penais. **Revista do Advogado**, São Paulo, v. 24, n. 78, p. 111-122, set. 2004, p. 119.

para que seja observada a garantia da presunção de inocência, tendo em vista que quanto maior a duração da prisão, mais estigmatizada a pessoa fica¹³, adquirindo a medida cautelar caráter de pena antecipada¹⁴.

Por fim, a característica da excepcionalidade impõe que a decretação da prisão preventiva seja efetuada somente se inexistente outro meio eficaz para salvaguardar a persecução penal. Por ser uma medida que implica forte violação à dignidade do acusado, tendo em vista que lhe restringe direito fundamental de suma essencialidade, qual seja, a liberdade, estigmatizando-o e lhe impondo grave sofrimento psicológico, a prisão preventiva deverá ser decretada em *ultima ratio*.

2.3 PRESSUPOSTOS E REQUISITOS DA PRISÃO PREVENTIVA

2.3.1 PRESSUPOSTOS DA PRISÃO PREVENTIVA (DO *FUMUS COMISSI DELICTI*)

O *fumus comissi delicti* é caracterizado pela exigência legal da prova da materialidade do delito e dos indícios suficientes de autoria¹⁵. A partir da análise de tal conjunto probatório, pode-se identificar a fundada probabilidade de que o sujeito passivo da prisão é o autor da infração também configurada¹⁶.

Em suma, para a decretação da prisão preventiva, é necessário que o magistrado, a partir do material probatório colhido, realize um juízo de razoável probabilidade, seja com relação à materialidade do fato, seja com relação à sua autoria¹⁷.

2.3.2 REQUISITOS DA PRISÃO PREVENTIVA (DO *PERICULUM LIBERTATIS*)

O *periculum libertatis* consubstancia-se na concreta constatação do perigo de eficácia do julgamento diante da demora na prestação jurisdicional. Com efeito, nos termos do artigo 312, do Código de Processo Penal, o *periculum libertatis* estará caracterizado sempre que a liberdade do imputado puder criar obstáculo ao regular andamento da instrução criminal ou à execução da sentença, bem como

13 WEDY, Miguel Tedesco. *Teoria geral da prisão cautelar e estigmatização*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 102.

14 RYU, Daiana Santos. **O direito ao desencarceramento do acusado preso cautelarmente, caso não seja julgado no prazo razoável**: análise dos critérios utilizados para aferição do excesso de prazo da prisão cautelar na jurisprudência dos Tribunais Superiores brasileiros. 2018. Dissertação (Mestrado em Direito Processual). Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2018, p. 57.

15 LOPES JÚNIOR, Aury. **Prisões cautelares**: Lei n. 12.403/2011. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 88.

16 BECHARA, Fábio Ramazzini. **Prisão Cautelar**. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 81.

17 LOPES JÚNIOR, Aury. **Prisões cautelares**: Lei n. 12.403/2011. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 90.

risco à ordem pública ou à ordem econômica.

Explica Antonio Magalhães Gomes Filho que a prisão preventiva decretada sob o fundamento da conveniência da instrução criminal destina-se a evitar que o acusado, em liberdade, frustre a produção da prova no processo penal, através do não comparecimento a atos em que sua presença seja indispensável, da destruição de provas e da intimidação às testemunhas, atrapalhando a atividade jurisdicional¹⁸.

No que tange à proteção da aplicação da lei penal, a prisão preventiva deverá ser aplicada para evitar a fuga do acusado, de modo que não possa ser encontrado para o cumprimento da pena que lhe será imposta, devendo o magistrado verificar, no caso concreto, se existem elementos de que o acusado está tentando se furtar do cumprimento da lei¹⁹.

Em relação ao risco à ordem pública, cabe consignar que, segundo Aury Lopes Jr., “trata-se de conceito vago e indeterminado, sendo recorrente a definição de risco para ordem pública como sinônimo de clamor público, gravidade do delito, credibilidade das instituições, ameaça à integridade física do imputado/acusado, e, ainda, credibilidade da justiça”²⁰. Constitui, portanto, requisito destituído de cautelaridade, eis que não se destina a assegurar o escopo do processo penal.

Por fim, a garantia da ordem econômica como fundamento da prisão preventiva foi introduzida no Código de Processo Penal através da Lei nº 8.884/94 (Lei Antitruste), que alterou a redação do artigo 312 do Código de Processo Penal. Assim, tal hipótese de *periculum libertatis* visa, na verdade, a “tutelar o risco decorrente de condutas que afetem a tranquilidade e harmonia da ordem econômica”²¹, o que também não se coaduna com a finalidade cautelar de assegurar o desenvolvimento da persecução penal.

3 COLABORAÇÃO PREMIADA COMO NEGÓCIO JURÍDICO PROCESSUAL: A VOLUNTARIEDADE COMO REQUISITO ESSENCIAL PARA VALIDADE DO ACORDO

18 GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **Presunção de inocência e prisão cautelar**. São Paulo: Saraiva, 1991.

19 IOKOI, Pedro Ivo Gricoli. **Prisão preventiva e o princípio da proporcionalidade**. 2005. Dissertação (Mestrado em Direito Processual). Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo: São Paulo, 2005, p. 106.

20 LOPES JÚNIOR, Aury. **Prisões cautelares**: Lei n. 12.403/2011. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 92.

21 LOPES JÚNIOR, Aury. **Prisões cautelares**: Lei n. 12.403/2011. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 92.

3.1 NATUREZA JURÍDICA E DEFINIÇÃO DO INSTITUTO DA COLABORAÇÃO PREMIADA

A colaboração premiada está regulamentada nos artigos 4º ao 6º da Lei n. 12.850/2013, dentro do capítulo que versa sobre meios de obtenção de prova. Consoante Olavo Evangelista Pezzotti, pode-se deduzir que são três as ordens de informação normativa predominantes no artigo 4º e §§ da Lei n. 12.850/2013, que instituiu a colaboração premiada: (i) norma de direito premial (concessão de benefícios ao investigado, acusado ou condenado); (ii) instrumento de justiça negocial (o benefício pressupõe o consenso entre as partes) e (iii) acolhimento do princípio da oportunidade (admite-se que a colaboração resulte na não-persecução penal)²².

Segundo Gustavo Henrique Badaró, o regime previsto na Lei n. 12.850/2013 é o mais completo dentre aqueles que já previam a delação premiada no ordenamento jurídico pátrio, eis que, além de abordar aspectos quanto aos efeitos materiais de benefícios premiais relativos à sanção, estabeleceu regras procedimentais para celebração do acordo, sua homologação, produção da prova decorrente da delação e o valor probatório da colaboração premiada²³.

Segundo o Supremo Tribunal Federal, a natureza jurídica da colaboração premiada é processual, correspondendo a um negócio jurídico processual. No HC n. 127.483, julgado no dia 27 de agosto de 2015, declarou que:

(...) a colaboração premiada é um negócio jurídico processual, uma vez que, além de ser qualificada expressamente pela lei como ‘meio de obtenção de prova’, seu objeto é a cooperação do imputado para a investigação e para o processo criminal, atividade de natureza processual (...)

Diante do exposto, possível afirmar que consoante redação do artigo 4º da Lei n. 12.850/2013, a Lei n. 12.850/2013 conferiu ao instituto “feições de um típico instrumento de justiça penal consensual”²⁴. Neste novo regime, não é possível a aplicação de benefícios sem haver consenso entre as partes. Nota-se, portanto, a imprescindibilidade do negócio jurídico processual para posterior aplicação de benefício ao acusado ou investigado.

22 PEZZOTTI, Olavo Evangelista. **Raízes Histórico-Comparadas do Acordo de Colaboração Premiada no Direito Brasileiro: o Papel das Partes**. 2018. Dissertação (Mestrado em Direito Processual). Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2018, p. 179-180.

23 BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo penal**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 462.

24 PEZZOTTI, Olavo Evangelista. **Raízes Histórico-Comparadas do Acordo de Colaboração Premiada no Direito Brasileiro: o Papel das Partes**. 2018. Dissertação (Mestrado em Direito Processual). Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2018, p. 181.

3.2 VOLUNTARIEDADE: REQUISITO ESSENCIAL PARA VALIDADE DO ACORDO DE COLABORAÇÃO PREMIADA

Entre os requisitos para celebração da colaboração premiada, está o da voluntariedade. Dispõe o artigo 4º, §7º, da Lei n. 12.850/2013 que realizado o acordo, este será remetido para o juiz para homologação, “o qual deverá verificar sua regularidade, legalidade e voluntariedade, podendo para este fim, sigilosamente, ouvir o colaborador, na presença de seu defensor”.

Como negócio jurídico processual, natural que tenha como requisito essencial a voluntariedade por parte do colaborador. Isto porque para formação de qualquer negócio jurídico, elemento imprescindível é a declaração de vontade das partes. Nesse sentido, inclusive, é a definição de Marcos Bernardes de Mello²⁵:

(..) **ncídico cujo elemento nuclear do suporte fáctico consiste em manifestação ou declaração consciente de vontade**, em relação à qual o sistema jurídico faculta às pessoas, dentro de limites predeterminados e de amplitude vária, o poder de escolha de categoria jurídica e de estruturação do conteúdo eficaz das relações jurídicas respectivas, quanto ao seu surgimento, permanência e intensidade do mundo inteiro (...) (grifos nossos)

No âmbito do processo penal, especificamente acerca dos acordos de colaboração premiada, Leonardo Dantas Costa afirma que “o desejo de colaborar (desejo de primeira) ordem deve nascer da própria autodeterminação do indivíduo (desejo de segunda ordem)”²⁶. Deve haver, portanto, uma vontade efetiva de colaborar. Aliás, analisando com profundidade o tema, referido autor ainda equipara a voluntariedade a elemento constitutivo da dignidade humana, asseverando que:

A voluntariedade da colaboração premiada insere-se no âmbito da proteção da dignidade humana, uma vez que se concretiza como expressão da autonomia da vontade e da autodeterminação do indivíduo no acordo firmado com o Estado. Impõe-se, desde sempre, que a vontade seja livre, sem obstáculos que configurem violação da liberdade de decidir²⁷.

A declaração da vontade do agente colaborador é, portanto, elemento essencial para a celebração do acordo de colaboração premiada. O processo de formação de vontade deve ser livre de qualquer fator que retire sua idoneidade.

25 MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico**. Plano da existência. 16 ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 191.

26 COSTA, Leonardo Dantas. **Delação premiada**. A atuação do Estado e a relevância da voluntariedade do colaborador com a justiça. São Paulo: Juruá, 2017, p. 156.

27 COSTA, Leonardo Dantas. **Delação premiada**. A atuação do Estado e a relevância da voluntariedade do colaborador com a justiça. São Paulo: Juruá, 2017, p. 156

Assim como se espera em qualquer negócio jurídico, a vontade da parte no âmbito da colaboração premiada não pode ser maculada por vícios que fulminem a liberdade de escolha do agente.

Embora o processo de formação da vontade do agente colaborador deva ser idôneo, isso não significa que não possa sofrer influências externas para aceitação do ato de colaboração processual²⁸. Nesse sentido, costuma-se defender que o comportamento do agente dirigido a celebrar acordo de colaboração premiada não precisa decorrer de um ato espontâneo. Segundo leciona David Teixeira de Azevedo, a espontaneidade relaciona-se a “uma decisão autônoma, sem qualquer interferência externa; é o produto do conhecimento das circunstâncias da ação e das consequências dela no plano jurídico, natural e moral sem qualquer ação persuasiva ou coativa”²⁹. A voluntariedade do agente, conforme prevista na Lei n. 12.850/2013, requer uma decisão livre, que pode ser tomada “a partir de fins práticos e morais ainda que influenciado por fatores ou motivos externos”³⁰.

Ainda que seja decorrente de uma decisão influenciada por fatores externos, a voluntariedade do agente para celebração de acordos de colaboração premiada deve ser livre de “pressões ou coações, sejam físicas ou psicológicas, que retirem a liberdade de escolha sobre a prática do ato”³¹. Importante ressaltar que, segundo David Teixeira de Azevedo, somente a coação absoluta anula a vontade, não havendo para o sujeito margem de liberdade alguma³². Assim, pode-se concluir que o ato voluntário no âmbito da celebração de acordos de colaboração premiada não deve ser forçado de maneira que se extirpe de modo absoluto a “declaração consciente da vontade”, consoante enunciado de Marcos Bernardes de Mello supratranscrito.

No que tange ao requisito da voluntariedade da colaboração premiada, assunto de extrema relevância é a celebração de acordo por acusado preso preventivamente. Embora o Supremo Tribunal Federal, no HC n. 127.483, julgado em 27/08/2015, tenha afirmado a possibilidade de celebração de acordo de colaboração premiada por acusado preso preventivamente, desde que presente a volun-

28 COSTA, Leonardo Dantas. **Delação premiada**. A atuação do Estado e a relevância da voluntariedade do colaborador com a justiça. São Paulo: Juruá, 2017, p. 170

29 AZEVEDO, David Teixeira de. Delação premiada e direito de defesa. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, v. 22, n. 265, p. 4-5., dez. 2014, p. 4.

30 AZEVEDO, David Teixeira de. Delação premiada e direito de defesa. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, v. 22, n. 265, p. 4-5., dez. 2014, p. 4.

31 COSTA, Leonardo Dantas. **Delação premiada**. A atuação do Estado e a relevância da voluntariedade do colaborador com a justiça. São Paulo: Juruá, 2017, p. 171.

32 AZEVEDO, David Teixeira de. Delação premiada e direito de defesa. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, v. 22, n. 265, p. 4-5., dez. 2014, p. 4.

tariedade nesse ato, o tema ainda é alvo de controvérsias no âmbito doutrinário³³, motivo pelo qual serão analisados casos extraídos da jurisprudência pátria para averiguar a estreita relação entre a colaboração premiada e a decretação de prisão preventiva do colaborador.

4. PRISÃO PREVENTIVA COMO INSTRUMENTO PARA EFICIÊNCIA DA COLABORAÇÃO PREMIADA

4.1 ANÁLISE DE CASOS DA OPERAÇÃO LAVA-JATO

No presente item, analisar-se-ão alguns casos da Operação Lava Jato envolvendo colaborador preso preventivamente a fim de averiguar se o requisito da voluntariedade da colaboração premiada, bem como as características, requisitos e pressupostos da prisão preventiva foram observados pelo órgão julgador.

4.1.1. CASO 1: HABEAS CORPUS Nº 5029050-46.2014.404.0000: COLABORAR SIGNIFICA GARANTIR A CONVENIÊNCIA DA INSTRUÇÃO CRIMINAL?

O *writ* em epígrafe foi impetrado em favor de José Aldemário Pinheiro Filho e Mateus Coutinho de Oliveira, dirigentes do Grupo OAS, em face de decisão proferida pelo Juízo da 13ª Vara Federal de Curitiba/PR, que, nos autos do Pedido de Busca e Apreensão Criminal nº 5073475-13.2014.404.7000, relacionado à Operação Lava-Jato, converteu a prisão temporária dos pacientes em prisão preventiva, sob o fundamento de que, em relação aos dirigentes da OAS:

(...) além dos depoimentos dos criminosos colaboradores, existem provas decorrentes da interceptação telemática, provas documentais colhidas nas quebras de sigilo bancário e nas buscas e apreensões, inclusive fluxo milionário de valores até as contas controladas por Alberto Youssef, de materialidade e autoria dos crimes, conforme descrito cumpridamente na decisão do evento 10 (...)

O impetrante alegou, em síntese, que: (i) o decreto de prisão preventiva é genérico e não aponta nenhum fato concreto que ampare a custódia; (ii) o fato de o paciente José Aldemário viajar com frequência, decorre de sua atividade profissional, do seu local de residência e da sede da OAS (iii) outras pessoas foram objeto de medidas cautelares diversas; (iv) há total incongruência em decisão que decretou a preventiva, porque se baseia na decisão do anterior que decretou a

33 Nesse sentido, ver artigo do CONJUR de Aury Lopes Jr. e Alexandre Morais da Rosa. No jogo da delação, prisão cautelar é trunfo fora do fair play. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-ago-07/limite-penal-jogo-delaçao-prisao-cautelar-trunfo-fora-fair-play>>. Acesso em: 20/02/2017.

prisão temporária; (v) os indícios de participação dos pacientes nos crimes investigados são frágeis; (vi) inexistem os requisitos para a custódia preventiva.

Ao analisar o *habeas corpus* em questão, o Tribunal Regional Federal da 4ª Região denegou a ordem, sob o fundamento da garantia da ordem pública, asseverando que:

(...) havendo fortes indícios da participação do paciente em ‘organização criminosa’, em crimes de ‘lavagem de capitais’ e ‘contra o sistema financeiro nacional’, todos relacionados com fraudes em processos licitatórios dos quais resultaram vultuosos prejuízos a sociedade de economia mista e, na mesma proporção, em seu enriquecimento ilícito e de terceiros, justifica-se a decretação da prisão preventiva, para a garantia da ordem pública (...)

Ressalte-se que, no caso em questão, teve grande repercussão o parecer exarado pela Procuradoria Regional da República da 4ª Região, o qual foi alvo de crítica por renomados processualistas penais, conforme se verifica de notícia publicada no *site* Consultor Jurídico³⁴, em 27 de novembro de 2014. Em referido parecer, além de se justificar a conversão da prisão temporária em prisão preventiva com base na garantia da ordem pública, ressaltou-se que era necessária a preservação da conveniência da instrução criminal, nos seguintes termos:

A conveniência da instrução criminal mostra-se presente não só na cautela de impedir que os investigados destruam provas, o que é bastante provável no caso dos pacientes, que lidam com o pagamento a vários agentes públicos, **mas também na possibilidade de a segregação influenciá-los na vontade de colaborar na apuração de responsabilidade, o que tem se mostrado bastante fértil nos últimos tempos**³⁵ - grifos nossos.

Nota-se da manifestação acima descrita, a inexistência de elementos concretos que justifiquem a necessidade da prisão preventiva, distorcendo-se por completo tal instituto, eis que motivada a sua aplicação em elemento alheio aos requisitos de cautelaridade. Segundo Aury Lopes Jr., nesse caso, a intenção da aplicação da custódia cautelar é usá-la “como um meio de constrangimento situacional para obtenção de confissões ou delações premiadas, que posteriormente serão usadas como provas”³⁶.

34 CANÁRIO, Pedro. Professores criticam parecer sobre prisões preventivas na “lava jato”. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-nov-27/parecer-mpf-defende-prisoos-preventivas-forcar-confissoes>>. Acesso em: 26/01/2017.

35 CANÁRIO, Pedro. Professores criticam parecer sobre prisões preventivas na “lava jato”. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/dl/lava-jato-parecer-mpf-prisao-forcar.pdf>>. Acesso em: 26/01/2017.

36 CANÁRIO, Pedro. Professores criticam parecer sobre prisões preventivas na “lava jato”. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/dl/lava-jato-parecer-mpf-prisao-forcar.pdf>>. Acesso em: 26/01/2017.

De se concluir que, no caso em questão, o intuito de utilizar a prisão como meio para coagir o acusado a colaborar com a Justiça viola claramente as características relativas à prisão cautelar anteriormente estudados, quais sejam a excepcionalidade e a provisionalidade; bem como as garantias da presunção de inocência e da motivação. Também possível afirmar que o requisito da voluntariedade também não restou observado no presente caso, ainda mais quando o Procurador do Ministério Público afirmar que “na possibilidade de a segregação influenciá-los na vontade de colaborar na apuração de responsabilidade, o que tem se mostrado bastante fértil nos últimos tempos”, eivando, assim, a declaração da vontade do colaborador.

4.1.2 CASO 2: HABEAS CORPUS Nº 5029593-78.2016.4.04.0000/ PR: CESSAÇÃO DA LIBERDADE APÓS O DESCUMPRIMENTO DO ACORDO DE COLABORAÇÃO PREMIADA

No caso em análise, Fernando Antônio Guimarães Hourneaux de Moura, réu da “Operação Lava-Jato”, teve decretada prisão preventiva na sentença condenatória, nos termos do artigo 387, §1º, do Código de Processo Penal. Por tal razão, sua defesa impetrou o *habeas corpus* em epígrafe, alegando, em síntese, a inexistência de motivos fáticos ou jurídicos que autorizassem a prisão preventiva, bem como a falta de legitimidade de prisão decretada somente em razão da quebra do acordo de colaboração.

Em momento anterior, por força da celebração de acordo de colaboração premiada, a prisão provisória do paciente havia sido revogada, mas sobrevindo sentença condenatória, sua prisão foi restabelecida, tendo em vista o rompimento do pacto. Na sentença condenatória, embora alegando não existir “relação necessária entre a prisão cautelar e colaboração”, o Juízo da 13ª Vara Criminal Federal de Curitiba argumenta que:

No caso presente, tendo sido solto Fernando Antônio Guimarães Hourneaux pelo esvaziamento do risco à ordem pública em decorrência da colaboração, com o reconhecimento, pelo MPF e na sentença, da violação, por ele, do acordo, deve ser restabelecido o status quo ante, ou seja, renovada a prisão.

De fato, resta cristalina a intenção do magistrado em condicionar a liberdade do acusado à efetividade do acordo de colaboração premiada, o que macula a voluntariedade do acordo de colaboração premiada previsto no artigo 4º, §7º, da Lei n. 12.850/2013. Em razão da celebração do acordo, fora solto, mas em face do seu descumprimento, de súbito a prisão cautelar foi restabelecida. Não foi diferente a fundamentação utilizada pela 8ª Turma do Tribunal Regional da

4ª Região para denegar a ordem do *habeas corpus*:

6. A **liberdade concedida em razão de acordo de colaboração premiada** não esvazia os requisitos e fundamentos para a decretação da prisão preventiva, mas apenas os minimiza, diante da concordância expressa do colaborador de auxiliar na apuração dos ilícitos e de se submeter à jurisdição criminal. 7. **Revogado o acordo de colaboração**, extinguem-se os benefícios e as obrigações ajustadas entre as partes, **podendo a prisão preventiva ser restabelecida quando ainda presentes os requisitos e pressupostos para tanto**. (TRF 4ª Região, HC nº 5029593-78.2016.4.04.0000/PR, Des. Relator: João Pedro Gebran Neto, 8ª Turma, J.: 10/08/2016 – grifos nossos)

Vê-se que há o reconhecimento expresso de que o acordo de colaboração premiada é condição para concessão da liberdade do acusado e de que, com o não cumprimento do pacto, possível o restabelecimento da prisão preventiva. Apesar da tentativa de justificar a cautelaridade da prisão, com base nos requisitos do artigo 312, do Código de Processo Penal, vislumbra-se do teor da decisão da 8ª Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região que o real motivo do restabelecimento da prisão cautelar é o rompimento do acordo de colaboração premiada, violando-se as características da excepcionalidade, da provisionalidade da custódia cautelar, bem como as garantias da motivação e da presunção de inocência.

4.1.3 CASO 3: PEDIDO DE BUSCA E APREENSÃO Nº 5004568-78.2017.4.04.7000/PR: A IMINÊNCIA DA CELEBRAÇÃO DO ACORDO DE COLABORAÇÃO E POSSIBILIDADE DE CONCESSÃO DA LIBERDADE

Aos 15 de fevereiro de 2017, nos autos do pedido de busca e apreensão nº 5004568-78.2017.4.04.7000/PR, foram decretadas as prisões preventivas de Jorge Antonio da Silva Luz, Bruno Gonçalves Luz e Apolo Santana Vieira, também envolvidos nos fatos delituosos que deram ensejo à “Operação Lava-Jato”, com base nos fundamentos da garantia da ordem pública e da aplicação da lei penal.

No entanto, aos 21 de fevereiro de 2017³⁷, o Juízo da 13ª Vara Federal de Curitiba, proferiu o seguinte despacho:

Em vista da informação prestada pelo MPF de que estaria em tratativas para um acordo de colaboração com Apolo Santana Vieira revogo a decisão do evento 4 no que se refere à prisão preventiva dele e à busca e apreensão em seu endereço. Recolham-se os mandados.

37 A brusca mudança em curto lapso temporal de posicionamento do magistrado da 13ª Vara Federal de Curitiba foi relatada no site Consultor Jurídico em 23/02/2017: Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2017-fev-23/moro-ordena-prisao-recua-saber-acusado-negocia-delacao>>. Acesso em 24/02/2017.

Diante de tal decisão, constata-se que, na verdade, o motivo da prisão cautelar não tinha relação com os requisitos de cautelariedade do artigo 312, do Código de Processo Penal, tendo em vista a revogação da medida cautelar assim que o Juízo obteve a informação de que o Ministério Público Federal estaria em tratativas para celebração de acordo de colaboração premiada com o acusado. Nesse caso, portanto, vislumbra-se forte probabilidade de que a prisão teria sido decretada tão somente para coagir o acusado a celebrar o acordo de colaboração premiada, eis que sequer o Juízo enfrentou a análise dos pressupostos e requisitos de cautelariedade para revogá-la. Além disso, resta evidente a violação ao requisito da voluntariedade do agente colaborador, dado que o objetivo da prisão seria o de, provavelmente, forçar o acusado a celebrar o acordo de colaboração premiada.

4.2 A UTILIZAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA COMO MEIO DE COAÇÃO DO ACUSADO PARA CELEBRAÇÃO DO ACORDO DE COLABORAÇÃO PREMIADA

A partir da análise dogmática dos institutos da prisão preventiva e da colaboração premiada e do estudo dos casos acima mencionados, partir-se-á ao exame crítico da conjugação dos dois institutos em prol da instrução criminal.

De um lado, sustenta-se que não existe relação entre a prisão e a celebração do acordo de colaboração premiada do preso, sendo válido o pacto celebrado nessa situação³⁸. Além disso, argumenta-se que a prisão teria sido decretada com fundamento nos requisitos de cautelariedade³⁹, não sendo violada a garantia da presunção de inocência, eis que necessária para assegurar a finalidade útil do processo.

Nesse sentido, argumenta Fernando Gentil Pedroso, ao discorrer que não há que se falar em violação ao princípio da presunção de inocência ou ao requisito da voluntariedade no caso de acusado preso⁴⁰. O autor assevera, ainda, que a prisão cautelar é usada somente mediante a presença dos requisitos legais e es-

38 Nesse sentido, ver, por exemplo: FISCHER, Douglas. Colaboração premiada: instituto legítimo, legal e essencial ao processo penal brasileiro. Disponível em: <<https://medium.com/@esmpu/colabora%C3%A7%C3%A3o-premiada-instituto-leg%C3%ADtimo-legal-e-essencial-ao-processo-penal-brasileiro-eb03b691567e#.kqvyy828m>>. Acesso em: 28/02/2017; SUXBERGER, Antonio Henrique Graciano; MELLO, Gabriela Starling Jorge Vieira de. A voluntariedade da colaboração premiada e sua relação com a prisão processual do colaborador. **Revista brasileira de direito processual penal**, Belo Horizonte, v. 3, n. 1, p. 189-224., 2017.

39 Nesse sentido, ver: DE GRANDIS, Rodrigo. Prisão não invalida a delação premiada. Disponível em: <<https://jota.info/artigos/rodrigo-de-grandis-prisao-nao-invalida-a-delacao-premiada-05082015>>. Acesso em: 20/02/2017.

40 PEDROSO, Fernando Gentil Gizzi de Almeida. O fenômeno ainda não plácido da colaboração processual e sua entricheirada bipartição doutrinária. **Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal**, Porto Alegre, v. 12, n. 71, p. 12, abr./mai. 2016.

tritamente necessária, sendo que em 80% das colaborações premiadas celebradas na “Operação Lava-Jato” ocorreram com pessoas em liberdade⁴¹. Comungando do mesmo raciocínio, em artigo publicado no *site* “JOTA”⁴², o Procurador da República Rodrigo de Grandis sustenta que a prisão cautelar não constitui motivo hábil para invalidar o acordo de colaboração premiada⁴³. Isto porque, o acordo de colaboração premiada constitui negócio jurídico processual e, segundo os artigos 151 e 153, do Código Civil, somente há vício na declaração da vontade quando a coação for ilegal. Assim, se a prisão cautelar é decretada conforme os pressupostos e requisitos de cautelaridade, não há que se falar em invalidade do acordo⁴⁴.

Também no mesmo sentido, Douglas Fischer assevera que é um erro gravíssimo o argumento de que a prisão cautelar seja utilizada como forma de pressionar a celebração dos acordos⁴⁵. Adverte que, ao contrário do que muitos propalam, as prisões cautelares na “Operação Lava-Jato” “são utilizadas estritamente quando necessárias e mediante a observância dos requisitos legais”⁴⁶.

De outro lado, há quem defenda que a celebração do acordo de colaboração premiada do acusado preso, ou prestes a ir à prisão, ofende o requisito da voluntariedade, previsto no artigo 4º, *caput*, da Lei nº 12.850/2013, eis que nessa situação, estaria sendo coagido a prestar informações, retirando-se a idoneidade do meio de obtenção de prova em análise⁴⁷. Além da validade do acordo da colaboração premiada, também se questiona a validade da prisão decretada para celebração do acordo, eis que se trata de medida destituída de cautelaridade, o

41 PEDROSO, Fernando Gizzi de Almeida. O fenômeno ainda não plácido da colaboração processual e sua entricheirada bipartição doutrinária. **Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal**, Porto Alegre, v. 12, n. 71, p. 12, abr./mai. 2016. Nesse ponto, ressalte-se que o autor desconsidera as prisões revogadas e o fato de que a prisão de parte dos acusados servir de motivação para quem está solto delatar.

42 DE GRANDIS, Rodrigo. Prisão não invalida a delação premiada. Disponível em: <<https://jota.info/artigos/rodrigo-de-grandis-prisao-nao-invalida-a-delacao-premiada-05082015>>. Acesso em: 20/02/2017.

43 DE GRANDIS, Rodrigo. Prisão não invalida a delação premiada. Disponível em: <<https://jota.info/artigos/rodrigo-de-grandis-prisao-nao-invalida-a-delacao-premiada-05082015>>. Acesso em: 20/02/2017.

44 Acrescenta o autor que: “Não fosse assim, todos os atos processuais praticados por um acusado preso durante a ação penal, notadamente seu interrogatório, poderiam ser considerados inválidos, o que, evidentemente, viola as regras do Código de Processo Penal”.

45 FISCHER, Douglas. Colaboração premiada: instituto legítimo, legal e essencial ao processo penal brasileiro. Disponível em: <<https://medium.com/@esmpu/colabora%C3%A7%C3%A3o-premiada-instituto-leg%C3%ADtimo-legal-e-essencial-ao-processo-penal-brasileiro-eb03b691567e#.kqvyy828m>>. Acesso em: 28/02/2017.

46 FISCHER, Douglas. Colaboração premiada: instituto legítimo, legal e essencial ao processo penal brasileiro. Disponível em: <<https://medium.com/@esmpu/colabora%C3%A7%C3%A3o-premiada-instituto-leg%C3%ADtimo-legal-e-essencial-ao-processo-penal-brasileiro-eb03b691567e#.kqvyy828m>>. Acesso em: 28/02/2017.

47 Nesse sentido, afirma Marcelo Leonardo: “Um dos requisitos da delação é que a disposição de colaborar seja voluntária e não fruto de qualquer forma de coação. É fora de dúvida que prender investigados preventivamente, e depois, lhes oferecer a liberdade provisória ou a prisão domiciliar em troca da delação premiada viola a liberdade do ato”. Troca de liberdade por delação é forma de coação. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-jul-03/marcelo-leonardo-troca-liberdade-delacao-forma-coacao>>. Acesso em: 18/01/2017.

que viola a garantia da presunção de inocência.

Ao rejeitar a prisão destinada à colaboração, Luiz Flávio Borges D'Urso afirma que não há voluntariedade no acordo celebrado pelo colaborador preso, eis que “o homem preso preventivamente está submetido a uma enorme carga emocional que o oprime”⁴⁸, sugerindo que o legislador proíba que o acusado preso firme acordos de colaboração premiada a fim de preservar o requisito da voluntariedade⁴⁹. Assim, em sua concepção, o acordo de colaboração premiada celebrado pelo acusado preso viola o requisito da voluntariedade previsto no artigo 4º, *caput*, da Lei nº 12.850/2013. Na mesma linha, Gustavo Henrique Badaró critica a colaboração premiada do acusado preso, sustentando que ela se reduz “a uma sistemática de punir, ouvir e confessar”⁵⁰. Explica que primeiramente, de maneira cautelar, priva-se o investigado de seus bens e de sua liberdade. Em seguida, mediante a celebração da colaboração premiada, “ele concorda em abrir mão de sua liberdade e de seus bens, abdicando do devido processo legal que é instituído pelo consenso”, sendo que o resultado de tudo isso é a aplicação de uma pena não prevista em lei, tal como “um regime aberto diferenciado”. Pelo exposto, no entendimento de referido autor, a situação da prisão do colaborador é incompatível com o requisito da voluntariedade que a Lei nº 12.850/2013 exige para celebração do acordo de colaboração premiada.

Asseverando que a prisão cautelar utilizada para obter colaboração premiada é um retrocesso, equiparável à prisão para confissão do período da Inquisição⁵¹, Aury Lopes Jr. e Alexandre Morais da Rosa sustentam que a prisão preventiva nesses moldes é “desvirtuada”, correspondendo a uma “poderosa moeda de troca a ser manipulada pelo acusador”. Ressalte-se que, segundo os processualistas, além de a prisão ser destituída de qualquer dos requisitos de cautelaridade, há também mácula na idoneidade da colaboração premiada, eis que subsiste vício na vontade do colaborador, posto que se “fulmina um dos pilares de legitimação de qualquer negociação: a liberdade para aceitar ou não a proposta e a necessidade

48 D'URSO, Luiz Flávio Borges. Delação premiada: proibição para quem está preso. **Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal**, Porto Alegre, v. 11, n. 66, p. 66., jun./jul. 2015.

49 D'URSO, Luiz Flávio Borges. Delação premiada: proibição para quem está preso. **Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal**, Porto Alegre, v. 11, n. 66, p. 66., jun./jul. 2015.

50 BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. Quem está preso pode delatar? Disponível em: <https://jota.info/artigos/quem-esta-presos-pode-delatar-23062015>. Acesso em 20/02/2017.

51 “A prisão passa a ser usada como instrumento para obter a confissão, num retrocesso a conhecida lógica inquisitória fundada no Directorum Inquisitorum, de Nicolau Eymerich (1376). Prende-se primeiro para, através da tortura (se não física, inegavelmente psicológica), obter-se a confissão, que passa a ser a ‘rainha das provas’”. (LOPES JR. Aury; ROSA, Alexandre Morais da. No jogo da delação, prisão cautelar é trunfo fora do fair play. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-ago-07/limite-penal-jogo-delacao-prisao-cautelar-trunfo-fora-fair-play>. Acesso em: 20/02/2017)

de uma livre manifestação de vontade”⁵².

Sobre as prisões preventivas que tem sido decretadas ao longo da Operação Lava-Jato, asseveram Ives Gandra da Silva Martins e Antonio Claudio Mariz de Oliveira que estas ferem o direito de defesa do acusado e que lhe impõem tortura moral com vistas a obter sua confissão. Ressaltam que as decisões proferidas pelo Juízo da 13ª Vara Federal de Curitiba se afastam “quilômetros dos pressupostos e dos requisitos da preventiva”, violando os princípios da ampla defesa, do contraditório e do devido processo legal ao antecipar “o juízo de culpabilidade para mandar prender, numa decisão que é a antítese do princípio da presunção de inocência”⁵³.

No mesmo diapasão, criticando o instituto aqui estudado e aproximando-o aos atos penitenciais do Santo Ofício, Adel El Tasse aduz que a delação premiada tem “produzido o vício da exigência judicial ao acusado que confesse, colabore, atue em facilitação das investigações criminais, sob pena de imposição de ônus processuais”⁵⁴. Ilustra seu argumento, ressaltando que “são cada vez mais frequentes os decretos prisionais ilegalmente calcados na desculpa que ‘o acusado não quis colaborar’”⁵⁵. Em suma, para o autor, a fim de que o Estado obtenha a confissão do acusado, utiliza a prisão cautelar como meio de coação, transformando a medida restritiva de liberdade em “verdadeiro instrumento de tortura”⁵⁶.

Destaque-se, portanto, que nos três casos anteriormente apresentados, vê-se clara violação aos direitos fundamentais do acusado, eis que, segundo as afirmações acima expostas, as prisões cautelares decretadas com a finalidade de se obter a celebração do acordo de delação premiada, na verdade, consistem em instrumentos de coação moral, eis que lhe impingem grave sofrimento psicológico.

No primeiro caso apresentado (HC nº 5029050-46.2014.404.0000), vis-

52 LOPES JR. Aury; ROSA, Alexandre Morais da. No jogo da delação, prisão cautelar é trunfo fora do fair play. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-ago-07/limite-penal-jogo-de-lacao-prisao-cautelar-trunfo-fora-fair-play>. Acesso em: 20/02/2017.

53 MARTINS, Ives Gandra da Silva; OLIVEIRA, Antonio Claudio Mariz. O direito de defesa na constituição. A natureza jurídica da prisão preventiva. Exercício abusivo como forma de obtenção de delações premiadas. Inconstitucionalidade. Parecer. **Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal**, Porto Alegre, v. 12, n. 67, p. 05-42, ago./set. 2015. p. 31.

54 TASSE, Adel El. Delação premiada: novo passo para um procedimento medieval. **Revista da Associação Brasileira de Professores de Ciências Penais**, São Paulo, v. 3, n. 5, p. 276, jul./dez. 2006.

55 TASSE, Adel El. Delação premiada: novo passo para um procedimento medieval. **Revista da Associação Brasileira de Professores de Ciências Penais**, São Paulo, v. 3, n. 5, p. 276, jul./dez. 2006.

56 YAROCHEWSKY, Leonardo Isaac. Delação Premiada no Projeto de Reforma do Código Penal: Nova Roupagem, Antigos Problemas R. **EMERJ**, Rio de Janeiro, v. 15, n. 60, p. 139, out.-dez. 2012.

lumbra-se que a finalidade do Estado ao decretar a prisão do acusado é a celebração do acordo para obtenção de informações a fim de corroborar com a instrução criminal, eis que literalmente demonstrado no parecer do Procurador Regional da República da 4ª Região. Conforme já transcrito acima, justificou-se a necessidade da custódia cautelar na “possibilidade de a segregação influenciá-los na vontade de colaborar na apuração de responsabilidade”, o que não se coaduna aos princípios informadores da medida cautelar.

No caso seguinte (HC nº 5029593-78.2016.4.04.0000/PR), apesar da tentativa de fundamentação baseada na suposta cautelaridade da prisão decretada, ficou evidente a relação entre a prisão e a colaboração premiada. Isto porque, no próprio *decisum* proferido pelo órgão de segunda instância, expôs-se claramente que, com o rompimento do acordo, a prisão cautelar poderia ser restabelecida, o que contraria os argumentos dos autores acima mencionados.

Por fim, no terceiro caso (Pedido de Busca e Apreensão nº 5004568-78.2017.4.04.7000/PR), também restou evidente a intenção do Estado em utilizar a prisão preventiva a fim de oprimir o acusado e fazê-lo a colaborar com a instrução criminal, e conforme aludido por Gustavo Henrique Badaró⁵⁷, Adel El Tasse⁵⁸, Aury Lopes Jr. e Alexandre Morais da Rosa⁵⁹, a prisão equivaleria à “tortura” a fim obter a colaboração premiada. No caso, sequer o magistrado fez menção aos requisitos da cautelaridade para revogar a medida coercitiva.

Os argumentos expostos quanto à validade dos acordos de colaboração premiada firmados por pessoas presas fundamentam-se na legalidade das prisões cautelares, defendendo-se a higidez da voluntariedade do colaborador preso/prestes a ser preso. No entanto, consoante a análise dos casos aqui realizada, restou evidente que as prisões preventivas neles decretadas eram destituídas dos pressupostos e requisitos de cautelaridade previstos no Código de Processo Penal, tornando-as ilegais.

Desta forma, conclui-se que a prisão utilizada como instrumento à eficiência dos acordos de colaboração premiada constitui coação ilegal, o que deve invalidar os pactos firmados em tal circunstância. Isto porque, de um lado, há a violação ao requisito da voluntariedade da colaboração premiada, previsto no

57 BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. Quem está preso pode delatar? In: <<https://jota.info/artigos/quem-esta-presos-pode-delatar-23062015>>. Acesso em 20/02/2017.

58 TASSE, Adel El. Delação premiada: novo passo para um procedimento medieval. **Revista da Associação Brasileira de Professores de Ciências Penais**, São Paulo, v. 3, n. 5, p. 277, jul./dez. 2006.

59 LOPES JR. Aury; ROSA, Alexandre Morais da. No jogo da delação, prisão cautelar é trunfo fora do fair play. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-ago-07/limite-penal-jogo-delacao-prisao-cautelar-trunfo-fora-fair-play>>. Acesso em: 20/02/2017.

artigo 4º, *caput*, da Lei nº 12.850/2013, de outro, viola-se os as características da custódia cautelar, quais sejam, a excepcionalidade e a provisionalidade, bem como as garantias da presunção de inocência e da motivação.

5 CONCLUSÕES

O instituto da colaboração premiada, cuja regulamentação procedimental foi introduzida no ordenamento jurídico pátrio somente com a Lei nº 12.850/2013, vem ganhando bastante espaço no cenário nacional, tanto na área prática, mormente pela sua efusiva aplicação na histórica “Operação Lava-Jato”, quanto na área acadêmica, em que os processualistas penais debatem diuturnamente acerca de questões nebulosas sobre o tema. A expansão do consenso no processo penal brasileiro parece, portanto, inevitável.

Várias são as controvérsias geradas pelo instituto proposto pela Lei de Organizações Criminosas, sendo que, no presente trabalho, buscou-se tratar de uma das questões mais sensíveis ao tema, qual seja a prisão utilizada para forçar o acusado a celebrar os acordos de colaboração premiada. Ainda que se defenda a inexistência de relação entre a prisão e a celebração do acordo de colaboração premiada, conclui-se que é difícil aferir a presença de elementos concretos que justifiquem a necessidade da custódia cautelar nos casos em que há o binômio prisão/colaboração.

Frise-se, portanto, que a utilização da prisão preventiva para eficiência do acordo de colaboração premiada tem como resultado a distorção de ambos os institutos. A uma, porque o instituto da colaboração premiada resta esvaziado, eis que se viola o requisito da voluntariedade previsto no artigo 4º, §7º, da Lei nº 12.850/2013. O colaborador preso ou temeroso à prisão não expressa livremente sua vontade, eis que presta suas declarações sob intensa pressão psicológica. A duas, porque, para a decretação da prisão preventiva, conforme estudado no presente artigo, faz-se necessária a comprovação do *fumus commissi delicti* e do *periculum libertatis* com base em elementos concretos que justifiquem a cautelaridade da custódia, o que não se observa das decisões acima analisadas.

REFERÊNCIAS

AZEVEDO, David Teixeira de. **A colaboração premiada num direito ético**. Boletim IBCCRIM, São Paulo, v. 7, n. 83, p. 5-7, out/1999.

AZEVEDO, David Teixeira de. Delação premiada e direito de defesa. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, v. 22, n. 265, p. 4-5., dez. 2014.

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Processo Penal**. Rio de Janeiro: Campus Elsevier, 2012.

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. Quem está preso pode delatar? Disponível em: <<https://jota.info/tudo-sobre/gustavo-badaro>>. Acesso em: 20/02/2017.

BECHARA, Fábio Ramazzini. **Prisão Cautelar**. São Paulo: Malheiros, 2005.

CANÁRIO, Pedro. Professores criticam parecer sobre prisões preventivas na “lava jato”. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-nov-28/professores-criticam-parecer-prisao-preventiva-lava-jato>>. Acesso em: 18/01/2017.

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

CRUZ, Rogério Schiatti Machado. **Prisão Cautelar: dramas, princípios e alternativas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

DE GRANDIS, Rodrigo. Prisão não invalida a delação premiada. Disponível em: <<https://jota.info/artigos/rodrigo-de-grandis-prisao-nao-invalida-a-delacao-premiada>> Acesso em: 20/02/2017.

D'URSO, Luiz Flávio Borges. **Delação premiada**: proibição para quem está preso. Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal, Porto Alegre, v. 11, n. 66, p. 66, jun./jul. 2015.

FISCHER, Douglas. Colaboração premiada: instituto legítimo, legal e essencial ao processo penal brasileiro. Disponível em: <<https://medium.com/@esmpu/colabora%C3%A7%C3%A3o-premiada-instituto-leg%C3%ADtimo-legal-e-essencial-ao-processo-penal-brasileiro>> Acesso em: 28/02/2017.

GIACOMOLLI, Nereu José. **Prisão, liberdade e as cautelares alternativas ao cárcere**. São Paulo: Marcial Pons, 2013.

IOKOI, Pedro Ivo Gricoli. **Prisão preventiva e o princípio da proporcionalidade**. Dissertação (Mestrado em Direito Processual). 2005. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2005.

LEONARDO, Marcelo. Troca da liberdade por delação é forma de coação. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-jul-03/marcelo-leonardo-troca-liberdade-delacao-forma-coacao>>. Acesso em: 18/01/2017.

LOPES JR., Aury. **Prisões cautelares**: lei n. 12.403/2011. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

LOPES JR., Aury; ROSA, Alexandre Moraes da. No jogo da delação, prisão cautelar é trunfo fora do fair play. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-ago-07/limite-penal-jogo-delacao-prisao-cautelar-trunfo-fora-fair-play>>. Acesso em: 20/02/2017.

MARTINS, Ives Gandra da Silva; OLIVEIRA, Antonio Claudio Mariz. O direito de defesa na constituição. A natureza jurídica da prisão preventiva. Exercício abusivo como forma de obtenção de delações premiadas. Inconstitucionalidade. Parecer. **Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal**, Porto Alegre, v. 12, n. 67, p. 05-42, ago./set. 2015.

MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico**. Plano da existência. 16 ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

MENDONÇA, Andrey Borges de. **Prisão e outras medidas cautelares pessoais**. São Paulo: Editora Método, 2011.

PEDROSO, Fernando Gentil Gizzi de Almeida. O fenômeno ainda não plácido da colaboração processual e sua entricheirada bipartição doutrinária. **Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal**, Porto Alegre, v. 12, n. 71, p. 05-13., abr./mai. 2016.

PEZZOTTI, Olavo Evangelista. **Raízes Histórico-Comparadas do Acordo de Colaboração Premiada no Direito Brasileiro**: o Papel das Partes. 2018. Dissertação (Mestrado em Direito Processual). Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2018.

SANGUINÉ, Odone. **Prisão cautelar, medidas alternativas e direitos fundamentais**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2014.

TASSE, Adel El. Delação premiada: novo passo para um procedimento medieval. **Revista de Ciências Penais**. 5. Doutrina Nacional. Pp. 269-283.

WEDY, Miguel Tedesco. **Teoria geral da prisão cautelar e estigmatização**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

YAROCHEWSKY, Leonardo Isaac. Delação Premiada no Projeto de Reforma do Código Penal: Nova Roupagem, Antigos Problemas **R. EMERJ**, Rio de Janeiro, v. 15, n. 60, p. 126-142, out.-dez. 2012.

PRISÃO PREVENTIVA PARA A GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA: UMA CRÍTICA AGNÓSTICA A DECISÕES PROFERIDAS NO NÚCLEO DE PRISÕES EM FLAGRANTE DE SALVADOR – BAHIA

César Augusto Ferreira São José¹

RESUMO: O presente trabalho analisa a possibilidade de se construir um regime de prisões preventivas sem a garantia da ordem pública como um dos fundamentos para seu decreto, a partir do marco teórico da criminologia crítica, do garantismo penal e da teoria agnóstica da pena, como os pressupostos da construção de uma teoria agnóstica do processo penal. Assume-se como hipótese que a imposição dessa prisão “cautelar” não se pauta por uma lógica de redução de danos para a contenção do irracional exercício do poder punitivo. O objetivo geral consiste em analisar criticamente se essa modalidade de prisão configura um quadro ilegítimo de antecipação da pena. Confronta-se, ainda, tal hipótese com a análise qualitativa dos dados reproduzidos em Relatório de Pesquisa baseado em decisões proferidas em audiências de custódia na cidade de Salvador. Conclui-se que a prisão preventiva para a garantia da ordem pública se evidenciou como uma medida satisfativa que antecipa a “tutela” pretendida pela acusação.

Palavras-chave: teoria agnóstica, garantismo penal, processo penal, prisão preventiva, garantia da ordem pública.

ABSTRACT: The present work analyzes the possibility of building a preventive detention regime without the guarantee of public order as one of the basis for its decree, from the theoretical framework of critical criminology, criminal guaranteeism and the agnostic theory of punishment, as the assumptions of the construction of an agnostic theory of criminal procedure. It is assumed as hypothesis that the imposition of this “provisional” arrest is not guided by a

¹ Aluno da pós-graduação *latu sensu* em Ciências Criminais do Centro Universitário UniFG. Bacharel em Direito pela Universidade Federal da Bahia. Advogado Criminalista. *E-mail:* cesarsaojose@live.com.

logic of harm reduction to contain the irrational exercise of punitive power. The general objective consists of analyzing critically whether this modality of imprisonment characterizes an illegitimate picture of anticipation of the sentence. This hypothesis is still confronted with the qualitative data analysis reproduced in a Research Report based on decisions rendered in custody hearings in the city of Salvador. It is concluded that the preventive detention for the guarantee of public order was evidenced as a satisfactory measure that anticipates the “tutelage” intended by the prosecution.

Keywords: Agnostic theory, Criminal guarantee, Criminal procedure, Preventive detention, Public order guarantee.

1 INTRODUÇÃO

O presente artigo pretende enfrentar a possibilidade de se construir um regime de prisões preventivas que não mantenha a garantia da ordem pública como um dos fundamentos para a sua decretação, a partir de uma teoria (agnóstica) do processo penal desprendida da importação acrítica de categorias do processo civil, rechaçando a Teoria Geral do Processo (DUCLERC, 2016). Para tanto, pressupõe-se um referencial teórico fundado sobre a crítica criminológica ao sistema penal; o modelo garantista de Luigi Ferrajoli; e a teoria agnóstica (ou negativa) da pena de Eugenio Raúl Zaffaroni.

As denúncias feitas pela criminologia crítica à criminologia tradicional, a partir do paradigma da teoria do etiquetamento (ANDRADE, 1995) e à luz da crise de legitimidade do sistema penal, contextualizam a difusão da criminologia da reação social na América Latina e a sua conseqüente denúncia da falsidade do discurso jurídico-penal, tendo esta alcançado maior evidência na região em razão da notória violência operativa de seus sistemas penais marginais (ZAFFARONI, 2001).

Ciente dessa crise, a matriz teórica do garantismo penal cumpre importante papel nas pretensões de redução e contenção do poder punitivo, pela elaboração um modelo axiomático ideal de direito e processo penal garantista (DUCLERC, 2016). Nele será traçada uma tabela analítica e sistemática dos princípios sobre os quais se fundam boa parte das constituições e ordenamentos jurídicos ocidentais, fruto da tradição jurídica iluminista e liberal – a exemplo da presunção de inocência – sendo a estrita observância de cada um deles uma condição necessária para a legítima responsabilização penal (FERRAJOLI, 2006).

É justamente na legitimação da pena imposta pelo poder punitivo, de que se vale o utilitarismo reformado proposto por Ferrajoli, que reside a necessária crítica elaborada pela teoria negativa ou agnóstica da pena em Zaffaroni, reduzindo-a a um mero ato de poder para o qual não se admite outra explicação racional diversa da explicação política (ZAFFARONI; BATISTA; et. al., 2003). Por isso os operadores das agências jurídicas atuam racionalmente quando assumem a função de limitar e conter o poder punitivo, pois assim exercem um poder (judicial) que só se legitima quando contém o exercício de um outro poder (punitivo) ilegítimo (ZAFFARONI; BATISTA; et. al., 2003).

A partir dos pressupostos apresentados esboçam-se as condições para uma teoria agnóstica do processo penal capaz de propor uma distinção entre os fenômenos do processo civil e do processo penal. Trata-se de fator fundamental para a construção – não mais adaptação acrítica – dos fundamentos deste, os seus conceitos operativos básicos e os princípios que o regem. Desdobra-se disso a necessidade de reconstrução também de elementos importantes do Direito Processual Penal, a exemplo da prisão preventiva, para que atuem como tecnologia de minimização da violência intrínseca ao exercício do poder punitivo (DUCLERC, 2016).

Assume-se, assim, como hipótese principal que a imposição de prisões preventivas como garantia da ordem pública não se pauta por uma lógica de redução de danos para a contenção do irracional exercício do poder punitivo e que a sua manutenção, por previsão legal e por aplicação concreta em decisões judiciais, viola garantias fundamentais do indivíduo, antecipando-lhe a pena que, por si só, já carece de qualquer função positiva.

A possibilidade de um processo penal destituído dessa modalidade de prisão anterior ao trânsito em julgado da sentença penal condenatória surge para garantir a eficácia do elementar princípio da presunção de inocência, mas não só por isso. A quantidade assustadora de presos sem condenação no Brasil está envolvida no cenário de ilegitimidade sem volta dos sistemas penais latino-americanos atuais (ZAFFARONI, 2001), que buscam a irracional imposição de pena a todo custo: mesmo antes de se decidir pela absolvição ou condenação do acusado, mesmo que ela não cumpra, em regra, com nenhuma das funções que alega cumprir. A saber, o Painel do Banco Nacional de Monitoramento de Prisões (BNMP 2.0) aponta para a existência de 41,58% de presos provisórios entre as 816.911 pessoas presas no país, em dados colhidos até 14 de agosto de 2019 (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2019).

O meio mais fácil para se alcançar o objetivo nefasto da antecipação irracional da pena parece ser o decreto da prisão preventiva fundamentada na garantia da ordem pública, pelo teor impreciso e genérico que carrega consigo: um cheque em branco da criminalização primária para a atuação seletiva da criminalização secundária. Faz-se, por isso, necessária uma reflexão crítica acerca dessa modalidade de prisão à luz da situação de ilegitimidade das prisões preventivas (como parte importante de um sistema penal ilegítimo) e em relação à sua imprecisão semântica, à função que a garantia da ordem pública cumpre como fundamento da prisão preventiva, à importação acrítica de categorias do processo civil para o penal, e à sua adequação a uma dogmática redutora de danos.

Para que esses objetivos sejam atingidos, será abordada adiante uma perspectiva dogmática do instituto da prisão preventiva para a garantia da ordem pública, mediante a exposição dos diferentes elementos utilizados na tentativa de dar-lhe algum sentido delimitado. A partir disso, será apresentada uma perspectiva crítica acerca desses elementos, problematizando a maleabilidade semântica do instituto em face do princípio da legalidade estrita, a impropriedade de lhe dar tratamento semelhante ao da tutela de urgência do processo civil, ou mesmo de compreendê-lo, via de regra em desprezo à presunção de inocência, como uma medida de segurança pública no âmbito do processo penal. Pretende-se, ainda, confrontar a hipótese principal com os dados reproduzidos pelo Relatório de Pesquisa – proveniente do Convênio de Cooperação Técnico-Científica celebrado entre o Tribunal de Justiça do Estado da Bahia e o Instituto Baiano de Direito Processual Penal – que decorre da análise qualitativa de decisões proferidas em audiências de custódia realizadas no Núcleo de Prisão em Flagrante da cidade de Salvador em 2016 (BARRETO; HERNANDES; MATOS; et. al., 2018).

2 A PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E A PRISÃO PREVENTIVA PARA A GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA EM PERSPECTIVA DOGMÁTICA

Qualquer estudo sobre prisões sem condenação torna-se impossível sem que se tenham em mente o conteúdo da garantia fundamental da presunção de inocência e a sua importância reconhecida pela positivação na Constituição Federal de 1988 e em diversos diplomas internacionais. A presunção de inocência é um princípio fundamental de civilidade e representa o fruto de uma opção garantista a favor da tutela dos inocentes, mesmo que se tenha de arcar com a impunidade de algum culpado (FERRAJOLI, 2006). Trata-se de uma opção ideológica

em que se elege como valor o maior interesse na tutela de todos os inocentes, sem exceção (LOPES JR., 2013).

Essa opção foi assumida pelo Estado brasileiro e se manifesta na consagração expressa do princípio da presunção de inocência na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, positivada em seu art. 5º, inciso LVII, segundo o qual “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”². Suas repercussões são notáveis em diversos institutos do Direito Processual Penal. Assumida como regra de juízo e de tratamento, a presunção de inocência traz repercussões importantes no que se refere à disciplina jurídica da prova e ao sistema de prisões processuais, ponto de maior pertinência a este trabalho.

Tal regra de tratamento exige a exclusão, ou pelo menos a restrição ao máximo, de qualquer limite à liberdade pessoal do acusado enquanto não houver condenação definitiva. Isso evidencia o conflito entre o princípio da presunção de inocência e as modalidades de prisão sem condenação previstas no ordenamento jurídico brasileiro, em que pese aquele não tenha abolido estas – já que o inciso LXI do artigo 5º da Constituição Federal prevê a possibilidade de prisão “em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente”.

Ainda que sejam essas as previsões em lei e na própria Constituição, não se pode olvidar da percepção realista-marginal de que “a prisão preventiva, na grande maioria dos casos, fere a presunção de inocência e, por conseguinte, configura-se como uma pena anterior à sentença” em exercício do poder punitivo “ainda mais irracional, vendo-se habilitado antes mesmo de afirmar a existência do delito, ou seja, impondo uma pena pela mera acusação” (ZAFFARONI; BATTISTA; et. al., 2003, p. 292). Com efeito, Zaffaroni (2011, p. 113-114) aponta a natureza punitiva e a ilegitimidade das prisões preventivas, ao mesmo tempo que reconhece a impossibilidade de sua abolição a curto prazo e encampa, por isso, a defesa de um reducionismo radical do seu emprego.

Não se pode perder de vista que, de fato, “a própria Constituição prevê expressamente a possibilidade de decretação judicial de prisão provisória, desde que resultante de ordem escrita e fundamentada de juiz competente” (JARDIM, 1999, p. 292). No entanto, tal previsão no inciso LXI do artigo 5º da Constituição Federal não rechaça a possibilidade de se verificar na Constituição uma

2 Ainda é imprescindível a menção ao art. 8º, nº 2, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, em vigor para o Brasil desde 1992, que entre suas garantias judiciais prevê que “toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa”.

perspectiva agnóstica sobre a prisão preventiva (SÃO JOSÉ, 2018), a exemplo do que defende Carvalho (2015, p. 259-261) no aspecto penal, enquanto “projeção de política punitiva de redução de danos”.

O dispositivo constitucional está em conformidade com a redação do artigo 283 do Código de Processo Penal, segundo a qual, excluídas as prisões por condenação em definitivo, tem-se que ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou, havendo ordem escrita e fundamentada por autoridade judiciária competente, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva, no curso da investigação ou do processo.

A prisão preventiva, portanto, poderá ser decretada em qualquer fase do processo penal ou mesmo da investigação policial, conforme o artigo 311 do Código de Processo Penal. Chama ainda atenção a possibilidade de conversão da prisão em flagrante delito, desde que homologada, em prisão preventiva, por decisão fundamentada em audiência de custódia. Conforme Prado (2017, p. 34), nessa oportunidade, o magistrado verificará “a necessidade de conversão em prisão preventiva, que deve ser excepcional, ou a possibilidade de colocação do preso em liberdade provisória, que deve ser a regra, com ou sem medidas cautelares diversas da prisão”. O artigo 312 do CPP prevê o requisito *fumus commissi delicti* para o decreto de prisão preventiva, ou seja, os indícios de autoria e prova da materialidade delitiva. Prevê também os principais fundamentos³ para o decreto, o *periculum libertatis*, já que a prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública; como garantia da ordem econômica; por conveniência da instrução criminal; ou para assegurar a aplicação da lei penal.

É manifesto o problema em conceituar e delimitar a garantia da ordem pública. Diversos setores da doutrina ainda encontram dificuldades em traduzir exatamente o seu significado (DUCLERC, 2011). Com a reforma efetivada pela Lei nº 12.403/2011, não foram excluídas as categorias que mais geram incertezas – ordem pública e econômica – como previa o Projeto de Lei nº 4.208 de 2001 (LOPES JR., 2013). Perdeu-se a oportunidade de, senão abolir, pelo menos definir ou detalhar cada um dos fatores da prisão preventiva, em especial os mais abrangentes (NUCCI, 2013). O fato é que a generalidade e a indeterminação da expressão ordem pública permanecem (KARAM, 2009). Trata-se, assim, de conceito vago e indeterminado e exatamente por isso é preocupante a sua malea-

3 Fora do *caput* do artigo 312 estão as hipóteses de prisão preventiva: por descumprimento de qualquer das obrigações impostas por força de outras medidas cautelares, conforme seu parágrafo único e o parágrafo quarto do artigo 282; ou, em especial, como garantia para a “execução de medidas protetivas de urgência estabelecidas em relação a determinadas vítimas (mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência)” (MOREIRA, 2016, p. 49).

bilidade conceitual (LOPES JR., 2013).

O que se pode fazer diante desse quadro é esboçar o conteúdo que a doutrina tem atribuído à vaga ideia de ordem pública para o processo penal, sejam os setores que não concordam com a permanência da prisão preventiva nela fundamentada e defendem sua eliminação, sejam aqueles que tentam atribuir-lhe algum significado que legitime sua aplicação.

De imediato, é possível afirmar com alguma segurança que argumentos que envolvem garantir e proteger a integridade física do imputado contra linchamentos por meio da prisão preventiva são amplamente rechaçados. Quanto a outros argumentos que sirvam à fundamentação da prisão preventiva na garantia da ordem pública, há quem lhes atribua maior ou menor relevância.

Karam (2009, p. 20) aponta a existência de vários “pretextos” para a utilização ilegítima da garantia da ordem pública como fundamento do decreto de prisões preventivas, entre eles a grande repercussão do alegado crime; a gravidade de suas consequências; a indignação da chamada opinião pública (o clamor público); a suposição de que o imputado praticará outros crimes; bem como a sua “periculosidade” ou “dedicação a atividades criminosas”.

Segundo Lopes Jr. (2013, p. 93-94), é comum que se tome o clamor público como sinônimo de risco à ordem pública, pela prática de crime que gere abalo social, comoção e perturbação à tranquilidade. Invoca-se, ainda, a gravidade ou brutalidade do crime como fundamento da prisão preventiva. Assinala que há também quem a fundamente em nome da credibilidade das instituições ou da justiça, que seriam maculadas caso não ocorra a prisão. Por fim, aponta o uso da prisão preventiva fundamentada no risco de reiteração em condutas criminosas para impedir que o imputado volte a delinquir.

Já Duclerc (2011, p. 426-427) afirma haver quem se valha da garantia da ordem pública para fundamentar a necessidade de se evitar a ocorrência de novas infrações penais, quando ficasse demonstrado que o acusado, caso solto, voltaria a delinquir. Assinala adiante que a jurisprudência reconhece os casos em que se fala em garantia da ordem pública para crimes muito violentos, a exemplo de atentados com bomba que causem grande impacto social. Aponta, por fim, o caso de crimes graves em que se argumenta a garantia da ordem pública na necessidade de garantir a credibilidade do Poder Judiciário ao encontro do clamor público da sociedade.

Minagé (2016, p. 147-149) reconhece a imprecisão semântica do termo

“ordem pública”, sendo esta costumeiramente identificada como paz social e tranqüilidade pública. Diante disso, assinala alguns significados que a jurisprudência tem atribuído como indevidos ao impreciso conceito como base para o decreto de prisão, a exemplo da comoção social; a periculosidade do réu; a necessidade de lhe preservar a integridade na possibilidade de ser alvo de linchamento; a perversão do crime; a insensibilidade moral do acusado; o clamor público; e a repercussão midiática. Por fim, ainda que reconheça que a garantia da ordem pública não pode ser tomada como regra geral para o decreto de prisões preventivas, aponta como entendimento consolidado que deve se aplicar seu significado às situações em que o imputado demonstre “tendência em continuar a delinquir” ou “comprovada periculosidade”.

Nucci (2013, p. 88) representa os setores da doutrina que assumem como válida e necessária a tarefa de conferir algum significado concreto à garantia da ordem pública, de maneira favorável ao instituto. Argumenta que a garantia da ordem pública “envolve a própria segurança pública, não sendo necessário abranger toda uma cidade, bastando um bairro, um região ou uma comunidade” e atribui a essa concepção cinco elementos básicos e não cumulativos, passando a ser necessária a garantia da ordem pública, como regra, quando presentes ao menos dois deles.

Entre os tais “cinco elementos básicos” estão elencados: a gravidade concreta do crime (espelhada pelo fato criminoso e suas circunstâncias e consequências no caso concreto); a repercussão social (hipótese excepcional que engloba os crimes que causam clamor social, comoção, descrédito na Justiça e sentimento de impunidade); a maneira destacada de execução (caso de crimes anormais, premeditados, cometidos pelo emprego de mecanismos cruéis que causam elevada repulsa social); as condições pessoais negativas do autor (personalidade, antecedentes e conduta social que revelem a periculosidade do indiciado ou acusado); e o envolvimento com quadrilha, bando⁴ ou organização criminosa (um dos principais elementos de afetação à ordem pública como fator de intranqüilidade social) (NUCCI, 2013, p. 88-92).

Está traçado, assim, um quadro razoavelmente amplo de diferentes elementos utilizados na tentativa de se dar algum sentido à garantia da ordem pública como fundamento do decreto de prisão preventiva. Cumprida essa tarefa, é necessária ainda uma reflexão crítica acerca do instituto à luz da situação de

4 Convém pontuar a alteração na redação do artigo 288 do Código Penal pela Lei nº 12.850 de 2013, para definir o crime de associação criminosa – não mais quadrilha ou bando.

ilegitimidade denunciada pelo realismo marginal.

3 A PRISÃO PREVENTIVA PARA A GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA EM PERSPECTIVA CRÍTICA

3.1 DA CRÍTICA À IMPRECISÃO SEMÂNTICA

Mesmo com as tentativas de esboçar um significado para a ordem pública por meio dos diversos empregos em que o termo tem sido utilizado na doutrina (seja para legitimar ou criticar seu uso), tem-se que em momento algum foi possível delimitá-lo precisamente, mas apenas associá-lo à noção de segurança pública – elencando-se elementos sobre os quais se empreenderá uma necessária reflexão crítica. De todo modo, não se vislumbrou um conceito dogmático preciso do que seria a ordem pública que se pretende garantir pelo decreto de prisão preventiva. Tem-se então um “conceito vago, impreciso, indeterminado e despido de qualquer referencial semântico” (LOPES JR., 2013, p. 108).

A notável indeterminação expressa-se na *anemia semântica* de todo o artigo 312 do Código de Processo Penal, que se vale de termos claramente vagos e ambíguos para, de maneira ardilosa, acomodar em seu universo semântico qualquer um dos significantes previstos em lei, incluída a garantia da ordem pública. Articulam-se, desse modo, “singelos requisitos teóricos”. Um parco conhecimento de estrutura linguística permite a construção artificial desses *pseudo-requisitos* (ou pseudo-fundamentos), cuja *falsificação* torna-se inverificável depois de decretada a prisão preventiva, visto que os argumentos se desfazem. “Afinal, o acusado estará preso e não se poderão verificar os ditos motivos da prisão” (ROSA, 2006, p. 139).

Exemplo evidente é trazido por Silveira (2015, p. 225), no caso de uma prisão preventiva “decretada sob um argumento vago relacionado ao suposto risco que determinado indivíduo estaria causando à ordem pública”. Nesse exemplo, o pseudo-fundamento jamais desaparecerá, já que “nenhum evento ocorrido no curso do processo poderá fazer cessar os alegados riscos à ordem pública” (SILVEIRA, 2015, p. 226). Lopes Jr. (2013, p. 35-36) chama a atenção para o princípio básico da provisionalidade, segundo o qual as prisões processuais são situacionais: ao desaparecer o suporte fático que a fundamentou (nesse caso, o *periculum libertatis*), a prisão deve ser imediatamente interrompida. Não há, no entanto, como desaparecer tal suporte fático pela singela impossibilidade de se vislumbrar o que ensejaria o fim do risco à ordem pública.

Para as prisões preventivas fundamentadas no clamor público, Sanguiné (2013, p. 115) aborda “a dificuldade de determinar o âmbito pelo qual é necessário que o sentimento de indignação se difunda para adquirir relevância jurídica”, o que, de mesmo modo, também implica a dificuldade em se determinar o oposto – quando deixa de ter relevância o mesmo sentimento de indignação. Caso típico é o da prisão decretada em razão da periculosidade do suspeito, em que este argumento, evidentemente, não desaparecerá no curso do processo. A prisão preventiva, então, é normalmente mantida indefinidamente – às vezes até o trânsito em julgado – por um fundamento inadequado que, de tão vago, impede a plena refutação defensiva e macula a ampla defesa (SILVEIRA, 2015), questão que se agrava pela ausência de prazos máximos estabelecidos legalmente para a sua duração e exacerba sua natureza punitiva.

Em razão da generalidade e indeterminação conceitual em torno da garantia da ordem pública, Karam (2009, p. 17-19) pavimenta uma importante construção que culmina na ilegitimidade desse fundamento por violação ao princípio da legalidade, posto que “não se adequa aos necessariamente estreitos limites em que seria autorizável a privação da liberdade prévia à condenação definitiva”. A expressão “ordem pública” não atende à exigência de precisão na descrição de comandos legais que restrinjam o espaço de liberdade do indivíduo. Essa exigência por precisão consiste no princípio da taxatividade, ou, em outras palavras, o princípio da legalidade estrita, como enunciado pelo modelo garantista de Ferrajoli (2006, p. 93), o princípio que “ocupa um lugar central no sistema de garantias”: é uma condição de legitimidade das leis vigentes.

Trata-se de um postulado derivado do princípio da legalidade (em sentido *lato*, expresso pelo axioma *nullum crimen sine lege*), o mandado de certeza, que deve determinar que a lei seja formulada com precisão, vedados dispositivos criminalizadores vagos e indeterminados desde a criminalização primária até a execução da pena (KARAM, 2009). A essa altura já é (mais que) possível afirmar que a expressão ordem pública, para o processo penal, não é dotada de significado unívoco e preciso, de modo que “cláusulas genéricas, conceitos indeterminados ou ambíguos equivalem a uma ausência de formulação legal” e resultam numa abertura aos “mais diversos pretextos para a imposição da privação de liberdade (KARAM, 2009, p. 18-19).

Pode-se apontar como um desses pretextos a tentativa de conferir à ordem pública um significado concreto, no sentido de que “envolve a própria segurança pública” (NUCCI, 2013, p. 88). Ocorre que deve ser levada em consideração a

natureza dos direitos limitados por essa espécie de prisão (supostamente) cautelar – a liberdade e a presunção de inocência, principalmente. Portanto, “é absolutamente inadmissível uma interpretação extensiva (*in malam partem*) que amplie o conceito de cautelar até o ponto de transformá-la em *medida de segurança pública* (LOPES JR., 2013, p. 111-112). Por outro lado, “as normas que regulam a prisão preventiva contêm motivos taxativamente previstos (*numerus clausus*)”; e já que a privação de liberdade deve ser excepcional, tais normas somente podem ser interpretadas restritivamente, não sendo possível a aplicação por analogia, a não ser que *in bonam partem* (SANGUINÉ, 2003, p. 118).

É manifesta a violação ao princípio da legalidade (estrита) na previsão dessa vaga e desautorizada prisão preventiva para garantia da ordem pública, o que já seria suficiente para a sua exclusão (KARAM, 2009). No entanto, ainda existem outros aspectos importantes a seu respeito que precisam ser considerados.

3.2 DA CRÍTICA AOS PRETEXTOS PUNITIVOS

Apesar da indeterminação do conceito de ordem pública, em violação à legalidade estrita, tentou-se por revisão bibliográfica na doutrina atribuir algum significado, sinônimo ou qualquer conteúdo que pudesse justificar sua presença no ordenamento. Diante do quadro traçado, foram traçados alguns elementos atribuídos à garantia da ordem pública, que serão sistematizados e analisados criticamente.

Opta-se, a princípio por seguir, no que for possível, o quadro de elementos apontados por Guilherme Nucci (2013, p. 88-92), apontado por pesquisa da Associação dos Magistrados Brasileiros⁵ como o terceiro nome mais mencionado por juízes de primeiro grau entre juristas considerados como referência para o Direito brasileiro, e cujas obras jurídicas também são por eles consideradas referência importante para a fundamentação de suas decisões. Por esse critério, serão abordadas a gravidade concreta do crime; as condições pessoais negativas do autor; a repercussão social do crime; além da maneira destacada de execução⁶.

Os argumentos trazidos serão confrontados com os dados reproduzidos no Relatório de Pesquisa sobre Audiências de Custódia realizadas no Núcleo de Pri-

5 A pesquisa “Quem somos. A magistratura que queremos” pode ser acessada em: https://www.amb.com.br/wp-content/uploads/2019/02/Pesquisa_completa.pdf.

6 O envolvimento com associação ou organização criminosa não será enfrentado neste trabalho por conta de o recorte de decisões trazidas pelo Relatório de Pesquisa sobre Audiências de Custódia (BARRETO; HERNANDES; MATOS; et. al., 2018) envolver casos relativos aos crimes de furto, roubo e tráfico de drogas. Ainda que diversos outros tipos tenham sido constatados em concurso material, não houve registro de casos envolvendo associação ou organização criminosa.

são em Flagrante de Salvador – Bahia (BARRETO; HERNANDES; MATOS; et. al., 2018) para que se verifique como tem se dado a aplicação prática do instituto. O Relatório de Pesquisa em questão tem origem no Convênio de Cooperação Técnico-Científica celebrado entre o Tribunal de Justiça do Estado da Bahia e o Instituto Baiano de Direito Processual Penal. O foco do estudo foi centrado nos dados colhidos nos meses de janeiro, junho e dezembro de 2016, relativos a audiências de custódia em que se decidiria sobre a conversão da prisão em flagrante em preventiva nos tipos de furto, roubo e tráfico, na cidade de Salvador.

Das 590 decisões analisadas pelo estudo, 285 manifestaram-se pela conversão da prisão em flagrante da pessoa conduzida em prisão preventiva, nas quais o fundamento da garantia da ordem pública foi utilizado amplamente (cumulado ou não com outro fundamento) em 283 casos (99,3%) (BARRETO; HERNANDES; MATOS; et. al., 2018). Em adequação ao recorte temático deste trabalho, a crítica aos elementos empregados concentra-se nesses casos.

O primeiro dos elementos apontados por Nucci a ser enfrentado serão as condições pessoais negativas do autor, associadas à periculosidade do imputado e ao risco de reiteração delitiva caso seja mantido solto. O risco de reiteração delitiva não é mencionado explicitamente pelo autor, mas será abordado em conjunto com os outros em razão da sua ampla utilização nos 283 casos descritos no Relatório. Com efeito, foram os argumentos mais suscitados. O receio de reiteração criminosa foi apontado em 199 decisões, ao passo que a periculosidade do agente constou em 114 casos e a existência de antecedentes criminais anteriores e/ou ações penais em andamento aparecem em 180 casos (BARRETO; HERNANDES; MATOS; et. al., 2018).

Não é incomum na tradição inquisitorial herdada pelo processo penal brasileiro que se despreze a presunção de inocência “partindo da prévia contenção do agente que ainda é mero acusado, na melhor perspectiva da ‘Criminologia Positiva’, segundo a qual o desviante, dada sua *periculosidade*, deve ser objeto de atenção estatal, para evitar uma hipotética violação da sociedade, tudo em nome da ‘Defesa Social’” (ROSA, 2006, p. 138). Em Nucci (2013, p. 90), a periculosidade é construída pelas condições pessoais negativas do acusado, evidenciadas nos elementos da personalidade, antecedentes e conduta social, “que serão, de todo modo, levados em conta por ocasião da aplicação de eventual pena (art. 59, CP)”. O mero acusado, que até então se presume inocente, tem aqui a sua prisão preventiva decretada com base em fundamentos que lhe podem exasperar a pena, cuja redação do artigo indica que será estabelecida “conforme seja neces-

sário e suficiente para reprovação e prevenção do crime”. Nesse contexto, a prisão preventiva para a garantia da ordem pública assume natureza, não só de pena antecipada, mas de medida de segurança, para isolar um suspeito supostamente perigoso (LOPES JR., 2013).

Percebe-se que se consideram para o decreto prisional a existência outros supostos crimes que não o apurado, sejam eles ocorridos no passado, pela análise de antecedentes, sejam eles ainda a ocorrer no futuro, como nos casos em que se fundamenta a prisão preventiva no risco de reiteração delitiva do acusado, ou seja, para evitar a prática de novas condutas criminalizadas. Haveria, desse modo, de ficar demonstrado que o acusado, caso em liberdade, voltaria a delinquir. Trata-se, porém, de uma tentativa de se demonstrar o indemonstrável, portanto assenta-se uma linha de pensamento baseada na presunção de que aquele que pratica uma ou duas condutas criminalizadas, necessariamente praticará a terceira, e assim sucessivamente (DUCLERC, 2011, p. 427).

É cabível questionar se a razão de ser de tal tese consiste de fato na previsão de um futuro comportamento criminalizado por parte da pessoa conduzida ou se na previsão de que, em sua vulnerabilidade, será novamente selecionada pelas agências de criminalização secundária. Certo é que, se o acusado ainda não foi condenado em definitivo por crime algum, decretar-lhe a prisão preventiva sob esse argumento significa, acima de tudo, inverter a lógica da presunção de inocência, instituindo uma perigosa *presunção de culpa* não autorizada pela Constituição Federal (DUCLERC, 2011), mas praticada na realidade dos sistemas penais (propositalmente) invertidos da América Latina (ZAFFARONI, 2011, p. 70). Ainda mais, o risco de reiteração delitiva, nesse contexto, confunde-se com a função de se evitar a reincidência, atribuída à pena. Com o decreto de prisão fundamentado no risco de reiteração delitiva, aponta Lopes Jr. (2013, p. 115-116), “está se atendendo não ao processo penal, mas sim a uma função de polícia do Estado, completamente alheia ao objeto e fundamento do processo penal”, embora reconheça-se que o direito comparado o admite em situações efetivamente excepcionais. No entanto, não parece crível que tenha ocorrido tal excepcionalidade na ampla gama de casos analisados.

Ainda, pretende-se garantir a ordem pública em razão da gravidade concreta do delito em 42 dos casos analisados pelo Relatório (BARRETO; HERNANDES; MATOS; et. al., 2018). Para Nucci (2013, p. 89), “demonstrada a concreta gravidade do fato, torna-se cabível a decretação da prisão preventiva”. A gravidade do crime, se puder ser demonstrada, só o será na sentença. A real

ocorrência do crime ainda é mera hipótese acusatória, “não se podendo ainda afirmar que tal crime seja efetivamente grave, pois não se sabe ainda nem se realmente aconteceu, nem se foi realmente o réu ou o investigado quem o praticou” (KARAM, 2009, p. 20-21).

Nesse contexto, reproduz-se a crítica ao emprego de circunstâncias do artigo 59 do Código Penal para a fundamentação da prisão preventiva, coincidindo a gravidade concreta com as consequências do crime. As mesmas considerações a respeito da gravidade em concreto podem ser estendidas ao elemento da maneira destacada de execução do crime, constatada em 57 decisões que levaram em conta o *modus operandi* do conduzido (BARRETO; HERNANDES; MATOS; et. al., 2018), o que seria valorado em sede de sentença nas circunstâncias do crime. São os mais claros exemplos em que a prisão preventiva funciona como pena, mal apoiada na “fumaça de um bom direito de punir” – que não é bom, nem é direito – cuja demora em se concretizar na sentença impõe a ilegítima (antecipação da) pena.

O elemento da repercussão social, embora referido nominalmente em apenas 5 decisões, pode ter seu conteúdo associado aos decretos prisionais fundamentados no combate à impunidade (presente em 23 decisões); na necessidade de assegurar a paz social (82 decisões) ou a credibilidade da justiça (BARRETO; HERNANDES; MATOS; et. al., 2018).

O esquema lógico de raciocínio empregado pela desautorizada presunção de culpabilidade está apto também a conceber a prisão preventiva “como instrumento apaziguador das ânsias e temores suscitados pelo delito”, quando ainda não há um responsável determinado (SANGUINÉ, 2003, p. 114). A ideia de se ter na prisão preventiva o caminho legítimo para se conter o alarma social é inconcebível em um sistema constitucional que preze pela presunção de inocência. O critério de excitação da opinião pública expressa um excessivo conteúdo de irracionalidade e “pode ser criado por meio da imprensa ou de organizações políticas” (SANGUINÉ, 2003, p. 115). Afinal, chamam atenção os “processos de indução de *alarme social* que, em certos momentos de crise do sistema de poder, são diretamente manipulados pelas forças políticas interessadas, no curso das assim chamadas campanhas de ‘lei e ordem’” (BARATTA, 2002, p. 204-205).

Lopes Jr. (2013, p. 111) também alerta para o risco de manipulação pelos meios de comunicação de massa e para os prejuízos causados pela *opinião publicada*, de modo que a prisão preventiva não pode servir como pena antecipada para fins de prevenção. Apesar disso, o fundamento no chamado alarma social “mostra

claramente que entre as finalidades que cumprem à prisão preventiva se encontra também a prevenção geral, na medida em que o legislador pretende contribuir à segurança da sociedade” (SANGUINÉ, 2003, p. 115). Ocorreria neste caso um desvirtuamento completo da natureza cautelar que teria a prisão preventiva ao lhe serem atribuídas funções de prevenção, típicas de pena, com as quais não estaria autorizada a cumprir – e mesmo que estivesse, dificilmente cumpriria com tal fim, exatamente por ser pena.

Por fim, ainda é possível vislumbrar-se o uso da garantia da ordem pública para fundamentar a necessidade de prisão preventiva para reestabelecer a credibilidade das instituições. Trata-se de uma falácia, porque “nem as instituições são tão frágeis a ponto de se verem ameaçadas por um delito, nem a prisão é um instrumento apto para esse fim, em caso de eventual necessidade de proteção”. Seria, pois, preocupante “que a crença da população nas instituições jurídicas dependa da prisão de pessoas” (LOPES JR., 2013, p. 114). Afinal, se o poder público (punitivo) se vale de prisões para se legitimar, cresce em dimensão o estado de polícia⁷, a partir de uma concepção *substancialista* de justiça que o faz pender a um direito “a serviço de algo meta-humano: divindade, casta, classe, estado, mercado” (ZAFFARONI; BATISTA; et. al., 2003, p. 93-94), ou, inclua-se, as instituições e sua credibilidade.

Os elementos anteriormente expostos para concretizar algum significado à garantia da ordem pública são, na verdade, pretextos para a violação à garantia do estado de inocência pela privação de liberdade de clara natureza penal (KARAM, 2009), em que se antecipa a pena dos presos sem processo à revelia do discurso oficial de que a de que a prisão preventiva cumpriria com alguma função cautelar. São introduzidos, com esses pretextos, elementos estranhos à suposta natureza cautelar e processual da prisão preventiva, como a sua eficácia na luta contra a delinquência, o que revela as “funções reais” (de prevenção geral e especial) de pena (SANGUINÉ, 2003).

3.3 DA CRÍTICA À IMPORTAÇÃO INDEVIDA DE CATEGORIAS DO PROCESSO CIVIL

É problemática a importação acrítica de categorias do processo civil pelo

7 Remonta-se à distinção entre estado de direito e estado de polícia (ZAFFARONI; BATISTA; et. al., 2003, p. 93-96) enquanto modelos ideais que coexistem e lutam entre si, mesmo nas sociedades mais democráticas. O exercício do poder punitivo é identificado como “um capítulo do modelo de estado de polícia que sobrevive dentro do estado de direito”, do que se pode concluir que legitimar o poder punitivo significa legitimar componentes do estado (autoritário) de polícia e, de mesmo modo, ir de encontro ao estado (democrático) de direito.

processo penal e a relativização do estado de inocência é uma de suas graves consequências. Convém abordar que existem teorias legitimadoras da prisão preventiva, entre elas as teorias substantivas (legitimam e reconhecem-na como pena) e as teorias processualísticas (legitimam, mas não a reconhecem como pena) (ZAFFARONI; BATISTA; et. al., 2003). No caso da prisão preventiva para a garantia da ordem pública, esta é legitimada por um ramo das teorias processualísticas que lhe negam a natureza penal de maneira bastante engenhosa, mas não conseguem lhe ocultar a essa natureza punitiva ao destrincharem seu conteúdo nos elementos sob análise. Esse é o ramo que, em muitas ocasiões, não se distingue precisamente das teorias substantivas, pois *opta* “diretamente *por negar valor ao princípio da inocência*” (ZAFFARONI, 2011, p. 113).

Esse desvalor à presunção de inocência ocorre porque, no geral, as teorias processualísticas identificam a prisão preventiva com as medidas cautelares do processo civil (ZAFFARONI; BATISTA; et. al., 2003). Expressão dessa ideia reside na defesa de que a prisão no processo penal equivalha à tutela de urgência do processo civil, conforme o artigo 300 do novo CPC (NUCCI, 2015). A violação reiterada ao estado de inocência produzida pela a prisão preventiva para a garantia da ordem pública remonta, em boa parte, à importação de categorias impróprias do processo civil para o processo penal, a exemplo de tratar prisões processuais como tutelas de urgência do processo civil. Conforme Didier Jr. (2015, p. 594), “a tutela provisória de urgência pode ser cautelar ou satisfativa (antecipada)” e em ambos os casos são concedidas pela demonstração do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*, de modo que a sua distinção encontra-se superada.

Mesmo Didier Jr. (2017, p. 126), defensor de uma teoria (formal) geral do processo, reconhece a necessidade de “evitar o indevido transporte dos pressupostos das medidas cautelares civis para a concessão das prisões provisórias”, ainda que para isso sustente que devessem ser estudadas noções fornecidas pela Teoria Geral do Processo. Moreira (2015, p. 163), por sua vez, reorienta o estudo para as categorias próprias do Direito Processual Penal, o *fumus commissi delicti* e o *periculum libertatis* e reforça a necessidade de se atentar, “neste aspecto, para o Princípio da Presunção de Inocência”.

Percebe-se de todos os significados atribuídos à garantia da ordem pública uma latente violação ao princípio da presunção de inocência. Mesmo que se admita – sem legitimá-la – uma natureza cautelar necessária às prisões preventivas, é certo que tal fundamento cumpre com finalidades punitivas. O que se pretende com a prisão preventiva para a garantia da ordem pública “é a antecipação de

alguns efeitos práticos da condenação penal. No caso, privar o acusado de sua liberdade, ainda que juridicamente tal situação não seja definitiva, mas provisória, é uma forma de tutela antecipada, que propicia uma execução penal antecipada” (BADARÓ, 2015, p. 978). Trata-se, por isso, “de medida satisfativa que acaba por antecipar indevidamente os efeitos da tutela de conhecimento, determinando o encarceramento de quem, por força da Constituição Federal, é inocente até que a sentença condenatória passe em julgado” (DUCLERC, 2011, p. 428).

3.4 DA CRÍTICA À INAPTIDÃO PARA A REDUÇÃO DE DANOS

Foram atribuídos ao impreciso termo “ordem pública”, que se pretende garantir pela prisão preventiva, os mais diversos significados – todos eles, de um modo ou de outro, expressaram-se como argumentos usados de maneira autoritária para suprimir a presunção de inocência como dever de tratamento àquele que for acusado de ter cometido um crime, especialmente ao serem identificados com funções usualmente atribuídas à pena.

O mais próximo que se pôde chegar de uma delimitação conceitual foi a construção de Nucci (2013, p. 88), segundo o qual, “a garantia da ordem pública envolve a própria segurança pública, não sendo necessário abranger toda uma cidade, bastando um bairro, uma região ou uma comunidade”. Lopes Jr. (2013, p. 108), porém, rechaça tal denominação, afirmando tratar-se “de grave degeneração transformar uma medida processual em atividade tipicamente de polícia, utilizando-a indevidamente como medida de segurança pública”.

Conforme Zaffaroni (2011, p. 109-111), na região da América Latina, sempre levando-se em conta o fator seletividade, é a legislação processual que legitima os confinamentos cautelares e esgota a maior parte do exercício do poder punitivo repressivo. Legislação essa que regula todo um sistema penal oficial que opera antes da condenação: o sistema penal cautelar, muito mais importante que o sistema penal de condenação. Esse sistema cautelar é pautado pela *seriedade da suspeita* do cometimento de um crime e por considerações de periculosidade e dano. Trata-se aqui de uma *periculosidade da suspeita*, em que os critérios adotados para o encarceramento cautelar (ou outras medidas dessa natureza) não têm natureza processual, mas sim claramente penal, muitas vezes observados na análise das consequências jurídicas do crime. A natureza do sistema penal cautelar latino-americano é penal.

Esclarecido esse cenário no continente, é possível constatar que o próprio uso da prisão preventiva na realidade brasileira está vinculado a um ímpeto por

recrudescimento penal, que não foge ao processo de criminalização seletivo de pessoas vulneráveis, inerente ao sistema penal. Seu fundamento na garantia da ordem pública é perigoso por se basear em um conceito vago, passível de ser usado indiscriminadamente para o aprisionamento em larga escala como instrumento de controle, em especial daqueles autores de crimes comuns, os *inde-sejáveis* (SILVEIRA, 2015). Nesse sentido, o instituto não passa incólume a um recorte racial que constata que “as bases de atuação do sistema penal brasileiro nunca conseguiram se divorciar de seu passado colonial por concreto”, sendo essa atuação presidida por um projeto, “em grande medida herdeiro do estatuto escravocrata (FLAUZINA, 2006, p. 41-42).

A prisão preventiva, nesses casos, não cumpre com fins estritamente processuais, mas é usada como “resposta às demandas de uma população amedrontada, ou seja, para encarcerar indivíduos vistos como inimigos, que no imaginário comum (e de muitos juízes) fazem parte de uma “massa criminoso” que ameaçam a ordem social” (SILVEIRA, 2015, p. 237). É retrato da lógica de “que sem uma prisão imediata não há ‘justiça’, conforme alardeiam os noticiários de caráter popularesco-sensacionalista ou não” (BARRETO, 2016, p. 204).

Os argumentos analisados para o decreto de prisão preventiva com fundamento na garantia da ordem pública consistem numa tentativa de fazer do próprio processo penal um instrumento de segurança pública. O artigo 144 da Constituição Federal prevê o dever do Estado de exercer a segurança pública para a preservação da ordem pública através das polícias militares, não dos juízes – para além de já ser uma distorção a concepção militarizada de segurança pública concebida nesse dispositivo. No exercício desse dever pelo Estado expõe-se o poder configurador positivo – ou poder de vigilância – a cargo das polícias militarizadas.

O sistema penal cautelar implica uma deformação como forma dominante do exercício do poder punitivo, que leva as agências executivas a defenderem seus âmbitos de arbitrariedade (ZAFFARONI, 2011, p. 114). O poder dos juristas, contudo, não pode se resumir a um discurso legitimador do poder punitivo alheio (ZAFFARONI; BATISTA; et. al., 2003). A violência operativa do nosso sistema penal é um fato e a prisão preventiva para a garantia da ordem pública não funciona de modo a contê-la, mas sim a justifica-la.

Outra orientação não pode ser dada ao artigo 312 do Código de Processo Penal senão a inconstitucionalidade do fundamento de garantia da ordem pública, por representar ilegítimo e ainda mais irracional exercício do poder punitivo,

já que exercido em desprezo à presunção de inocência, operando com pretextos punitivos dentro da ampla margem de atuação fornecida por sua imprecisão semântica.

Considerando-se a necessidade de redução radical das prisões preventivas e de contenção do exercício cada vez mais irracional do poder punitivo, a exclusão da garantia da ordem pública como fundamento legal para o decreto de prisão preventiva é o caminho a ser trilhado por um processo penal que pretenda atuar como tecnologia normativa de redução de danos.

4 CONCLUSÃO

Com o presente artigo foi possível compreender que a construção de um processo penal sem prisões preventivas fundamentadas na garantia da ordem pública precisa, necessariamente, enfrentar o quadro de irracionalidade e ilegitimidade que impera no sistema penal cautelar latino-americano, com o evidente caráter punitivo das prisões impostas sob esse parâmetro.

Tal tarefa tomou como premissa o marco teórico da criminologia crítica, do garantismo penal e da teoria agnóstica da pena, pressupostos de uma teoria do processo penal capaz de construir conceitos que não se omitam a esse quadro de irracionalidade e ilegitimidade, sem recorrer aos *atalhos metodológicos* do fenômeno distinto que é o processo civil.

Assim, a perspectiva agnóstica de deslegitimação da prisão denuncia o tratamento conferido a todo suspeito por um sistema penal se caracteriza pelo número significativo de presos sem condenação, um verdadeiro sistema penal cautelar que opta por atuar antes da condenação, em especial no combate às pessoas vulneráveis e *indesejáveis*.

Eis que ganha relevância a garantia da ordem pública como fundamento do decreto de prisão preventiva. Tal hipótese se demonstrou como fonte de violação às garantias da legalidade estrita, por sua imprecisão conceitual, e da presunção de inocência, por se evidenciar como uma medida satisfativa, que antecipa a “tutela” pretendida pela acusação valendo-se de pretextos com funções de pena – por vezes horas após o suposto fato criminoso, ainda em audiência de custódia – numa transposição indevida da tutela de urgência do processo civil.

Por fim, as frágeis tentativas de atribuir algum significado à vaga expressão “ordem pública” terminaram por identificá-la como medida relacionada à segurança pública. Considerando-se a necessidade de redução radical das prisões pre-

ventivas e de contenção do exercício cada vez mais irracional do poder punitivo, a exclusão da garantia da ordem pública como fundamento legal para o decreto de prisão preventiva é o caminho possível a ser trilhado por um processo penal que pretenda atuar como tecnologia normativa de redução de danos.

REFERÊNCIAS

- ANDRADE, Vera Regina Pereira de. Do paradigma etiológico ao paradigma da reação social: mudança e permanência de paradigmas criminológicos na ciência e no senso comum. **Revista Sequência**. Santa Catarina, n. 30, p. 24-36, jun. 1995.
- BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo penal**. - 3. ed. revi, atual, e ampl. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.
- BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal**: introdução à sociologia do direito penal. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002.
- BARRETO, Ana Luisa Leão de Aquino. Cautelaridade penal ou controle social? Um olhar crítico sobre as prisões cautelares no Brasil. **Panóptica**, vol. 11, n. 1, pp. 184-210, jan./jun. 2016.
- BARRETO, A. L. L. A.; HERNANDES, C.; MATOS, L.; SILVA, B. I.; NOGUEIRA, B.; RODRIGUES, B.; SÃO JOSÉ, C. A. F.; SOUZA, E. V.; ALCANTARA, F.; ROSARIO, L.; AMORIM, L. A.; RODRIGUES, L. E.; LIMA, N.. **Relatório Final de Atividades: Grupo de Pesquisa sobre Audiências de Custódia - Convênio de Cooperação Técnico-científico TJ/BA e IBADPP**. In: Caldas, Diana Furtado; Andrade, Gabriela Lima; Rios, Lucas P. Carapiá. (Org.). Arquivos da Resistência: Ensaios e Anais do VII Seminário Nacional do IBADPP. 1ed.Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2019, p. 459-510.
- CARVALHO, Salo de. **Antimanual de Criminologia**.6. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.
- CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). **Painel Banco Nacional de Monitoramento de Prisões - BNMP 2.0**. Brasília, 2019. Disponível em: <https://paineis.cnj.jus.br/QvAJAXZfc/opedoc.htm?document=qvw_l%2FPainelCNJ.qvw&host=QVS%40neodimio03&anonymous=true&sheet=shBNMPIIMAPA>. Acesso em 15 ago. 2019.
- DUCLERC, Elmir. **Direito Processual Penal**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.
- DUCLERC, Elmir. **Introdução aos fundamentos do direito processual penal**. 1. ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2016.
- DIDIER JR., Fredie. **Sobre a teoria geral do processo, essa desconhecida**. 4. ed. Salvador, BA: JusPODIVM, 2017.
- DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil**. 10. ed. rev., ampl. e atual. Salvador, BA: Juspodium, 2015.
- FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. 2. ed. rev. ampl. São Paulo, SP: Revista dos Tribunais, 2006.
- FLAUZINA, Ana Luiza Pinheiro. **O corpo negro caído no chão**: o sistema penal e o projeto genocida do estado brasileiro. 2006. 146f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, Brasília, DF, 2006.
- JARDIM, Afrânio Silva. **Direito processual penal**. 8. ed., rev. e atual. Rio de Janeiro, RJ: Forense, 1999.
- KARAM, Maria Lúcia. **Escritos sobre a liberdade – vol. 6**. Liberdade, presunção de inocência e prisões provisórias. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

- LOPES JR., Aury. **Prisões cautelares**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.
- MINAGÉ, Thiago. **Prisões e medidas cautelares à luz da Constituição**. 3. ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2016.
- MOREIRA, Rômulo de Andrade. **Uma crítica à teoria geral do processo**. 1. ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2015.
- MOREIRA, Rômulo de Andrade. **Da prisão preventiva, das medidas cautelares e da liberdade provisória**. 1. ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2016.
- NUCCI, Guilherme de Souza. **Prisão e Liberdade: de acordo com a Lei 12.403/2011**. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.
- NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. 12. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015.
- PRADO, Daniel Nicory do. **A prática da audiência de custódia**. 1. ed. Salvador, BA: Juspodium, 2017.
- ROSA, Alexandre. **Decisão penal: a bricolage de significantes**. Rio de Janeiro, RJ: Lumen Juris, 2006.
- SANGUINÉ, Odone. A inconstitucionalidade do clamor público como fundamento da prisão preventiva. **Revista de Estudos Criminais**, Porto Alegre, v.3, n.10, p.113-120, jul./set.2003.
- SÃO JOSÉ, César Augusto Ferreira. **Uma perspectiva agnóstica para a (difícil) convivência entre a Presunção de Inocência e a Prisão Preventiva**. In: Sgarbossa, Luís Fernando; Iensue, Geziela. (Org.). **Direitos Humanos & Fundamentais: Reflexões aos 30 Anos da Constituição e 70 da Declaração Universal**. 1ed.Campo Grande: Instituto Brasileiro de Pesquisa Jurídica, 2018, p. 423-440.
- SILVEIRA, Felipe Lazzari da. A banalização da prisão preventiva para a garantia da ordem pública. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais**, Belo Horizonte, MG, n. 67, jul. 2015, p. 213-244.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas**. 5. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **O inimigo no direito penal**. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011.
- ZAFFARONI, E. Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito Penal Brasileiro: primeiro volume**. 4. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

PROVAS. AS PROVAS ILÍCITAS APRECIADAS EM BENEFÍCIO DO RÉU.

Guilherme José Meloto¹

Yhan Felipe Barbosa Chaves²

Juliana Medina de Aragão³

RESUMO: O presente trabalho versa, mediante pesquisa de carácter bibliográfico, documental, doutrinário e jurisprudencial, sobre as provas ilícitas, mais detalhadamente, os meios de provas utilizadas no Processo Penal, no tocante à apreciação destas pelo julgador em benefício do réu. Por sua vez, semelhante estudo concentrar-se-á na possibilidade da utilização das provas, produzidas ou obtidas, ilícitamente e se há desfrute delas para única e exclusiva benesse do condenado. A pesquisa possui alta relevância para o Direito Processual Penal porque tem como foco os novos rumores crescentes no âmbito jurídico à contemplação de provas ilegais. Abordado isso, o presente analisará os recentes posicionamentos de juízes, docentes e profissionais da área penal, os quais têm gerado diversos aplausos e críticas. Para tanto, se faz necessário entender os princípios, os meios e métodos de apreciação e obtenção, e de fato relatar se a utilização das referidas provas é coesa com o regente Processo Penal.

PALAVRAS-CHAVE: Provas no Processo Penal, Provas Ilícitas, Apreciação de Provas, Provas Ilícitas Pro Reo.

ABSTRACT: The present assignment deals, with bibliographic, documental, doctrinal and jurisprudencial researches about illicit

1 Acadêmico do curso de Direito na Universidade Católica Dom Bosco. gui_meloto@hotmail.com.

2 Acadêmico do curso de Direito na Universidade Católica Dom Bosco. ybchaves3@gmail.com.

3 Graduada em Direito pela Universidade Católica Dom Bosco (2003), graduação em Letras pela Universidade Federal de Mato Grosso do Sul (1998) e mestrado em Direito: Área de concentração Empreendimentos Econômicos, Desenvolvimento e Mudança Social (2008). Atualmente é professor titular da Universidade Católica Dom Bosco. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Penal e Processual Penal, atuando principalmente nos seguintes temas: regime disciplinar, drogas, direito penal, delação premiada e prescrição. ju_medinna_4@hotmail.com

evidences, precisely, the evidences used in the Criminal Procedure, regarding the appraisal of the judge in benefit of the defendant. Therefore, the study will concentrate on the possibility of using illegal evidences, produced or obtained, and if there is enjoyment for the sole and exclusive benefit of the indicted. The research has a very high relevance for the Criminal Procedural Law because it focuses on the new growing rumors when it comes to the legal scopes for the contemplation of illegal proofs. Thus, it will analyze the recent positions of judges, professors and criminal area professionals, the ones that engendered a lot of praise and critics. So, it is necessary to understand its elements and methods of appraisal and obtainment, and report if it is cohesive with the ruling Criminal Procedure to use the referred evidences.

KEY WORDS: Evidences in the Criminal Proceedings, Ilicit Evidences, Appraisal of Evidences, Appraisal of Ilicit evidences in Benefit of the Defendant.

1. INTRODUÇÃO

A elaboração de um conceito ou teoria acerca das provas envolveu um longo e árduo curso histórico para que se alcançasse a vasta importância que possui atualmente, tanto para o curso de um processo quanto para o ordenamento jurídico. Em amplo sentido, provas, nada mais são do que elementos produzidos e apreciados perante o juiz, com intuito de promover a convicção deste em consonância com a verdade e aplicabilidade da norma.

O tema prova é de vasta importância para a ciência do processo, em especial para o processo penal, haja vista que a prova é uma premissa fundamental para a busca da verdade de qualquer fato, sendo o principal meio para o convencimento do julgador, o qual deverá apreciá-las sentenciando da maneira mais justa possível conforme a veracidade probatória apresentada.

Ademais, torna-se base para diversas argumentações que cada uma das partes passará a empregar para obter a convicção do juiz de modo que este aprecie em favor de um ou doutro, podendo ser encarada, caso a caso, sob diversos pontos de vista.

Hodiernamente, consagrado no artigo 5º, inciso LVI, da Constituição Federal de 1988, a apreciação ou admissibilidade de provas obtidas por meios ilícitos

tos é vedada. Sem embargos, a doutrina processual penal apresenta um panorama de grandes contrastes quanto à norma explicitada na Carta Magna que se retrata em quatro vertentes, conforme preleciona Ada Pellegrini Grinover (1999).

Além disso, necessário se faz o entendimento acerca da distinção entre prova ilícita e prova ilegítima. Nesta, há violação de uma proibição de lei processual colocada em função exclusiva a interesses lógicos e processuais; enquanto naquela, incorre toda vez que sua obtenção viole normas legais ou de princípios gerais do ordenamento, de natureza material ou processual.

Para mais, as maiores desavenças ocorrem quanto ao tocante relacionado a obtenção de provas ilícita em sentido restrito, ou seja, aquelas que violam normas materiais. Através da manifestação do princípio da proporcionalidade reconheceu-se a possibilidade de utilização das provas que sejam favoráveis ao réu, ainda que recebida com desobediência às normas.

Importante ressaltar a questão, atualmente com maior discussão, das provas ilícitas por derivação, as quais Aury Lopes Jr. (2016) preleciona que são as quais se relacionam àquelas provas que são ilícitas em sua própria essência. Estas provas são aquelas que derivam ou advêm de outras obtidas ou colhidas por um meio ilícito, conhecidas como a “teoria dos frutos da árvore envenenada”, aduzida pela Suprema Corte americana, na qual os frutos advindos da árvore apodrecida, conforme ela, também o serão.

2. DAS PROVAS NO PROCESSO

A prova incumbida no processo penal possui suma importância, haja vista que sem ela não há como comprovar ou constatar a veracidade de um delito. O juiz ao proferir uma sentença não possui total ciência do ocorrido porque não o vivenciou e somente poderá julgar através do conhecimento daquilo que lhe foi apresentado e apenas terá conhecimento através das provas.

Em suma, entende-se que prova é o elemento capaz de demonstrar a real verdade dos fatos incidindo sobre a convicção que se gera na consciência do juiz, induzindo-o a aplicação devida da norma. Para Carnelutti (1942), “as provas são assim um equivalente sensível do facto para uma avaliação, no sentido de que proporcionam ao avaliador uma percepção mediante a qual lhe é possível adquirir o conhecimento desse facto”.

No dizer de Luiz Francisco Torquato Avolio (2010), “é o elemento integrador da convicção do juiz com os fatos da causa, daí sua relevância no campo do

direito processual”.

Conforme a definição de Mittermayer (1997), prova “*é o complexo dos motivos produtores da certeza*”. E neste posicionamento, como prelecionam os tratadistas, a prova pode ser vista sob dois aspectos segundo os liames do artigo 155 do Código de Processo Penal: a) Objetivamente, sendo o conjunto de meios ou elementos destinados a demonstrar a existência de fatos alegados no processo; b) Subjetivamente, conforme estabeleceu a nova redação dada ao CPP pela Lei 11.690, de 2008, sendo a própria convicção que o juiz forma sobre a existência desses mesmos fatos probatórios.

Aliás, estes atos só poderão ser considerados comprovados, de fato, no momento em que o julgador formar sua livre convicção (convencimento) sobre eles. No entanto, conforme prescreve o supra artigo mencionado, o juiz somente poderá formar seu convencimento com base nas provas produzidas sobre o crivo da ampla defesa e do contraditório (*quod non est in actis non est in mundo*), não se admitindo, com isso, que o magistrado julgue segundo o bom senso, ou seja, com seus próprios preceitos ou convicções pessoais, nem tão somente de seu conhecimento pessoal a respeito do delito.

Para João Pedro Greban Neto (2014), “a prova acima de uma dúvida razoável implica no firme convencimento acerca da ocorrência do fato e da culpa do acusado. Não é necessária a existência de certeza absoluta, porquanto esta seja praticamente impossível ou ao menos inviável”⁴.

Neste sentido, nota-se que a prova além de ser certa, deve-se demonstrar certa preponderância acima das provas produzidas pela parte contrária, motivo pelo qual esta deve ser clara e concisa, haja vista que restando dúvida nela necessário se fara a aplicação do princípio *in dubio pro reo* e, portanto, ela não estará acima da duvida razoável para ensejar uma condenação.

Consoante a este sentido, Aury Lopes Jr. (2016) assevera que o juiz, por essência, ao exercer sua atividade recognitiva, é um “ignorante” porque “ele desconhece o fato e terá de conhecê-lo através da prova”.

Para tanto, os processos, em um amplo sentido, são como “máquinas retrospectivas” (CORDERO, 2000), ou seja, um instrumento de reconstrução e recolhimento das provas que possam produzir com veridicidade, ainda que não absoluta, os fatos ocorridos e quem as fez, de modo que as partes formulem hipóteses para que o juiz acolha a mais plausível, observando as normas baseadas

4 TRF 4ª Região, **ApCrim. 5026212-82.2014.4.04.7000** (Des. João Pedro Gebran Neto)

em um conhecimento empírico, jamais sob o crivo de suas próprias posições e entendimentos pessoais.

Igualmente, as fontes de provas incorporadas no processo são utilizadas para determinar a autoria e materialidade do delito, ou ainda, as coisas das quais se consegue a prova. Conforme explicita Renato Brasileiro de Lima (2019), deriva dessa fonte de provas a classificação de: fontes pessoais (ofendido, peritos, acusado, testemunhas) e as fontes reais (documentos, em sentido amplo). Tomando este sentido, tudo aquilo que de alguma forma esclarece ou indicia alguém a respeito de um crime, será considerado como fonte de prova. Estas fontes advêm do fato delituoso, as quais são anteriores ao processo, no qual serão introduzidas através dos meios de provas.

De maneira sintética e objetiva, os meios de provas de que se podem valer as partes para a demonstração da verdade, e anteriormente apresentadas, são: a perícia, interrogatório, as testemunhas, os documentos e a vítima. Estes meios de provas podem ser lícitos ou ilícitos, os quais serão aprofundados na continuidade do presente trabalho.

Acerca da produção das provas, é dever das partes produzi-las e apresentá-las perante o julgador, sendo que este jamais poderá produzir uma prova tendo em vista sua competência arbitrária diante do caso em apreço. Portanto, ao juiz cabe o ônus de apreciar as provas que lhe são apresentadas e conseqüentemente dar o aquilo que lhe é de direito, ou seja, dar o direito (razão) aquele que lhe apresentar os fatos com maiores elementos comprobatórios.

3. DAS PROVAS ILÍCITAS

Feita a digressão acerca das provas, perpassando por seu contexto histórico, seus meios de obtenção, bem como os tipos de provas admitidas no Direito Processo Penal brasileiro, chega o momento de aprofundarmos nosso entendimento em relação a provas ilícitas. Para tanto devemos recorrer a Constituição Federal, ao Código de Processo Penal e a doutrina.

Conforme compreende Ada Pellegrini Grinover (1999), provas ilícitas em sentido estrito são aquelas coligidas à margem dos princípios e normas impostas pela lei ou pela Constituição Federal, infringindo assim as liberdades públicas e, sobretudo, os direitos atinentes à personalidade do indivíduo, especialmente o direito à liberdade, devidamente correlacionados aos direitos materiais.

Fica nítido o entendimento de que, apesar de ilegais, as provas ilícitas, não

se igualam as ilegítimas. Geralmente na seara penal existe confusão entre esses dois institutos (Provas Ilícitas e Provas Ilegítimas), entretanto este erro não deve ocorrer. Enquanto as ilegítimas contrariam normas processuais, ou seja, são obtidas em contrariedade as normas do Código de Processo Penal, de outro lado, as provas ilícitas são contrárias ao direito material, ou seja, ferem preceitos legais e constitucionais.

Feita a conceituação, seguida da diferenciação acerca das provas ilícitas e ilegítimas, chega ao ponto de identificarmos o posicionamento das provas obtidas mediante meios ilícitos dentro do ordenamento jurídico brasileiro, consoante com a disposição constitucional no Artigo 5º em seu inciso LVI, no qual utilização de prova ilícita é expressamente vedada. Esse posicionamento do constituinte originário apesar de temerário contemporaneamente, justifica-se à época da promulgação de nossa Carta Magna, datada de 1988, pelo fato deste ter exatamente como intuito constituir um novo Estado, deixando de lado as amarras do regime ditatorial anterior, que utilizava de todos os métodos para perseguir opositores a ele, inclusive às provas ilegais.

Analisada a disposição constitucional, se presume, evidentemente, que a disposição infraconstitucional estará no mesmo sentido quando faz referência a utilização de provas ilícitas. Conforme o artigo 157, do Código de Processo Penal, a referida presunção torna-se verdadeira, vejamos a redação do artigo de lei supracitado: “Art. 157. São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais” (Redação dada pela Lei nº 11.690, de 2008).

Percebemos então, que no tocante as provas ilícitas adotou-se pelos legisladores a teoria americana denominada “*fruits of the poisonous tree*”, traduzindo para o português, “fruto da árvore envenenada”, a qual possui a premissa de que se transmite a ilicitude de uma prova para todas aquelas outras que a mesma poderá gerar. Fazendo uma analogia no sentido que todos os frutos produzidos por uma árvore envenenada assim também o serão.

Neste sentido, conhecendo o diploma que organiza a estrutura do Estado Brasileiro (Constituição Federal) e aquele que rege as normas de aplicações processuais penais (Código de Processo Penal), nota-se que a utilização das provas obtidas por meios ilícitos, nos parece verossímil sua vedação, seja em qualquer hipótese a arguição desta no processo penal. Analisando friamente a lei, este argumento é razoável, entretanto consoante doutrina e jurisprudência consolidada existem exceções no que tange a esse argumento.

Uma das referidas exceções é exatamente o tema central deste estudo, ou seja, nos últimos anos os tribunais vêm validando a utilização das provas ilícitas, quando estas são as únicas capazes de beneficiar e, até mesmo absolver os réus. Esse tema será tratado com maior profundidade no próximo item deste trabalho, intitulado “Da possibilidade de utilização de provas ilícitas pro reo”, onde poderemos tirar conclusões mais sintéticas acerca do tema.

4. DA POSSIBILIDADE DE UTILIZAÇÃO DE PROVAS ILICITAS PRO REO

Observamos na seção anterior que o ordenamento jurídico brasileiro é um sistema estritamente avesso à utilização de provas ilícitas no processo penal. Entretanto, hodiernamente essa expressa vedação pode sofrer acentuadas alterações.

Vejamos o exemplo, uma pessoa que está sendo acusada de forma injusta pela prática do delito disposto no artigo 158 (extorsão), do Código Penal, em conversa com o verdadeiro autor dos fatos delituosos grava esta conversa e na oportunidade o praticante afirma ter realmente cometido o crime de roubo.

Imaginemos que essa gravação foi obtida por meio ilícito porque foi realizada ferindo o direito à intimidade e privacidade do autor, porém, esta é a única possibilidade que o acusado possui para comprovar a sua inocência em detrimento dos fatos. Posto isso, não há incidência de motivos plausíveis para que os magistrados não admitam provas coligidas dessa maneira.

Com isso, a doutrina majoritária vem sendo favorável a tese acerca da utilização de provas obtidas por meios ilícitos desde que sejam única e exclusivamente para benefício do réu, obedecendo evidentemente o princípio constitucional da proporcionalidade. Não obstante, a discussão passou a ser perpetrada nos tribunais superiores gerando divergências acerca da possibilidade de utilização destas provas. Percebe-se que no caso telado o direito à liberdade deve preponderar face o direito à intimidade.

Exatamente nesse sentido, assevera o constitucionalista e, atual ministro da Suprema Corte Alexandre de Moraes, a respeito do exemplo supracitado, o delito disposto no artigo 158, do Código Penal, “poderíamos apontar a possibilidade de utilização de uma gravação realizada pela vítima, sem o conhecimento de um dos interlocutores, que comprovasse a prática de um crime de extorsão” (MORAES, 2013, p. 120).

Vejamos a seguir um posicionamento da Suprema Corte.

No julgado de um recurso especial, nota-se que a posição jurisprudencial tem sido convergente com a doutrina acerca dessa situação, *in verbis*:

“O Tribunal, por maioria, vencido o Senhor Ministro Marco Aurélio, reconheceu a existência de repercussão geral, reafirmou a jurisprudência da Corte acerca da admissibilidade do uso, como meio de prova, de gravação ambiental realizada por um dos interlocutores e deu provimento ao recurso da Defensoria Pública, para anular o processo desde o indeferimento da prova admissível e ora admitida, nos termos do voto do Relator. Votou o Presidente, Ministro Gilmar Mendes. Ausentes, justificadamente, o Senhor Ministro Eros Grau e, neste julgamento, o Senhor Ministro Carlos Britto. Plenário, 19.11.2009.” (STF, RG na QO no RE 583.937/RJ, rel. Min. Cezar Peluso, 19.11.2009, DJE 17.12.2009).

Posta a argumentação doutrinária e o posicionamento jurisprudencial e, entendendo que vivemos em um sistema processual penal acusatório, devem ser prevalectos os direitos e garantias fundamentais do réu. Portanto, o princípio da vedação das provas ilícitas, apesar de necessário para o equilíbrio do Estado de Democrático Direito, não deve ser considerado em absoluto e entendido em sua literalidade.

Neste sentido, podemos identificar que contemporaneamente o Direito brasileiro está vivendo um novo paradigma acerca da utilização de provas em processo penal, um paradigma mais humanitário, em consonância com aquilo que é apregoadado pelos atuais Tratados e Convenções Internacionais atinentes a Direitos Humanos, no qual grande parte dos países desenvolvidos são signatários.

Em palavras mais exatas, o que os tribunais nacionais estão promulgando, é sopesar o princípio da vedação das provas obtidas por meios ilícitos em detrimento ao princípio da ampla defesa. Dando-se assim, a interpretação mais extensiva às normas constitucionais e processuais. Entretanto, devemos frisar que este posicionamento (utilização de provas ilícitas em favor do réu) deve ser o limite para a mitigação do referido princípio, pois caso seja contrariado e em alguns anos começarmos a usar provas ilícitas contra os réus, *pro societate* (a favor da sociedade), tendemos a caminhar cada vez mais em direção à um Direito e Estado arbitrários, e, sobretudo antidemocráticos.

4. CONCLUSÃO

O princípio da dignidade da pessoa humana é um dos fundamentos consagrados pela República Federativa do Brasil, a qual possui como premissa fundamental o Estado Democrático de Direito, previsto no artigo 1º, inciso III da

Constituição Federal. Consoante à Carta Magna, o Estado brasileiro tem por objetivo a construção de uma sociedade justa e isonômica.

A Constituição, conforme analisado no presente estudo, veda expressamente a obtenção de provas por meios ilícitos como disposto no artigo 5º, inciso LVI. Justaposto, o Código de Processo Penal prescreve em seu artigo 157 que as mesmas são inadmissíveis, bem como aquelas que derivam destas, as quais devem ser desentranhadas do processo.

Neste sentido, em harmonia com a doutrina e jurisprudência entendemos que, as normas explicitadas não estão em total consonância com o princípio da dignidade da pessoa humana, visto que elas deixam de lado a possibilidade de utilização destas em benefício do réu, quando são os únicos meios para comprovar sua inocência, prejudicando assim, o princípio da ampla defesa e a teoria da proporcionalidade.

O uso da teoria da proporcionalidade, nestes casos, tem por objetivo a salvaguarda dos direitos do réu. Posto isto, a referida teoria vem mitigando e sopesando o princípio da vedação das provas ilícitas em detrimento do princípio da ampla defesa. Inaugurando uma nova fase para a jurisdição brasileira, uma fase mais garantista e humanitária, atendendo aos preceitos da dignidade da pessoa humana e a tão aclamada justiça popular.

Por fim, realizada a análise do objeto do trabalho, bem como os meios de obtenção deste, identificamos que, a inadmissibilidade de provas ilícitas dentro do processo penal não pode prevalecer em detrimento do direito de ampla defesa do réu. Então, fica estabelecido com o resultado do estudo que, é perfeitamente possível, ou seja, há possibilidade, de apreciação das provas coligidas ilicitamente para única e exclusiva benesse do réu, desde que seja o seu único meio de defesa.

REFERÊNCIAS

AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. **Provas Ilícitas – Interceptações telefônicas, ambientais e gravações clandestinas**. Revista dos Tribunais, 2010.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Tradução Torrieri Guimarães. – São Paulo: Martin Claret, 2017.

BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 08 de setembro de 2019.

BRASIL. Código Penal. Decreto Lei nº2848 de 07 de dezembro de 1940. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em 08 de setembro de 2019.

BRASIL. **Código de Processo Penal**. Decreto Lei nº3.689, de 3 de outubro de 1941. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm>. Acesso em 08 de setembro de 2019.

- BRASIL. STF, **RG na QO no RE 583.937/RJ**, rel. Min. Cezar Peluso, 19.11.2009, DJE 17.12.2009.
- CARNELUTTI, Francesco. **Teoria Geral do Direito**. Tradução de A. Rodrigues Queiró e Artur Anselmo de Castro Armênio Amado Editor, Coimbra, 1942.
- CORDERO, Franco. **Procedimiento penal**. Trad. Jorge Guerrero. Bogotá, Temis, 2000.
- FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo penal constitucional** – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.
- GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **Direito à prova no processo penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997.
- GRANDINETTI, Luis Gustavo. **O processo penal em face da Constituição**. Rio de Janeiro: Forense, 1998.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. **As nulidades no processo penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.
- JÚNIOR, Humberto Theodoro. **Curso de Direito Processual Civil – Teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento** – vol. I – Rio de Janeiro: Forense, 2014.
- LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal: Volume Único** – 7. ed. rev., ampl. e atual. – Salvador: Ed. JusPodivum, 2019.
- LOPES JR., AURY. **Direito Processual Penal**. 13. ed. – São Paulo: Saraiva, 2016.
- LOPES JR., AURY. **Direito Processual Penal**. 14. ed. – São Paulo: Saraiva, 2017.
- MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 29. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2013.
- MORAIS, Paulo Heber de. **Da prova penal**. Campinas, SP: Copola, 1994.
- MITTERMAIER, C.J.A. **Tratado da Prova em Matéria Criminal**, tradução de Herbert Wüntzel Heinrich. Campinas, SP: Bookseller, 1997.

LESÕES CEREBRAIS, PSICOPATIA E A VALORAÇÃO DA PROVA NEUROCIENTÍFICA NA PERSPECTIVA DO PROCESSO PENAL

Luciana Pessoa Nunes Santos¹

Rosália Maria Carvalho Mourão²

RESUMO: A neurociência trouxe novos conceitos e perspectivas para o conhecimento humano, inclusive o Direito, suscitando reflexão sobre os efeitos jurídicos da tecnologia, em especial, quanto a seu uso como meio probatório, tornando-se tema atual e instigante, que leva a questionar acerca da valoração do laudo neurocientífico no processo penal e sua eficácia para definir grau de discernimento, capacidade de fazer escolhas livres e autocontrole do indivíduo que comete crime. Há mais pontos abertos que necessariamente esclarecidos, assim, o Direito precisa delimitar o alcance da prova neurocientífica. A proposta deste trabalho é apresentar essa realidade como questão próxima e relevante, abordando casos de diagnóstico de lesão cerebral e psicopatia e discutindo critérios objetivos para o processo. A pesquisa será exploratória, com base em bibliografia atualizada e reconhecida no meio acadêmico, a fim de buscar, não soluções, mas uma delimitação adequada da questão.

Palavras-chave: Prova neurocientífica, lesão cerebral, psicopatia, processo penal.

ABSTRACT: Neuroscience has brought new concepts and perspectives to human knowledge, including law, raising reflection on the legal effects of technology, especially regarding its use as a probative medium, becoming a current and thought-provoking theme, which leads to questioning about the valorizing of the neuroscientific report in criminal proceedings and its effectiveness to define a degree

1 Doutoranda em Ciências Criminais – PUCRS. Coordenadora do Curso de Direito do Centro de Ensino Unificado do Piauí- CEUPI. lucianapessoa2011@gmail.com

2 Doutoranda em Ciências Criminais- PUCRS. Professora de Direito e Literatura do Centro Universitário Santo Agostinho. rrosapi@yahoo.com.br

of discernment, ability to make free choices and self-control of the individual who commits crime. There are more open points that necessarily clarified, so the law needs to delimit the scope of neuroscientific proof. The purpose of this work is to present this reality as a close and relevant issue, addressing cases of diagnosis of brain injury and psychopathy and discussing objective criteria for the process. The research will be exploratory, based on updated bibliography and recognized in the academic environment, in order to seek, not solutions, but an adequate delimitation of the issue.

Keywords: Neuroscientific evidence, brain damage, psychopathy, criminal proceedings.

1 INTRODUÇÃO

A Neurociência tem avançado de forma significativa, trazendo novos conceitos e perspectivas para outras ciências, inclusive para o Direito, suscitando reflexões quanto aos efeitos jurídicos das tecnologias, em especial, porque traz inovadoras informações acerca do homem e suas interações em sociedade.

Concatenando diversos saberes, a neurociência apresenta uma abordagem multidisciplinar que proporciona uma leitura mais ampla das questões que atinem à fisiologia e funcionamento do cérebro. Assim, tem desvendado aspectos essenciais para entender o comportamento humano, sua motivação, seus sentimentos e percepção da realidade que o cerca.

Nesse contexto, um tema atual e instigante que se vislumbra é a utilização da prova neurocientífica no processo penal. Até que ponto um laudo neurocientífico é suficiente para definir o grau de discernimento e o autocontrole sobre as atitudes de um indivíduo que comete crime? Há como mensurar o nível de comprometimento da capacidade de fazer escolhas livres após uma lesão cerebral? Diante de um diagnóstico de lesão cerebral ou psicopatia, qual o efeito jurídico no processo penal?

Há mais pontos abertos que necessariamente esclarecidos. Entretanto, apesar da insegurança - própria das pesquisas em desenvolvimento - e da alternância entre evolução e involução nos estudos científicos, o Direito precisa definir os meios lícitos de se obter uma prova neurocientífica, a oportunidade adequada para sua realização, além de firmar um posicionamento quanto a sua valoração.

Destarte, a proposta da presente pesquisa é apresentar essa realidade como

questão próxima e relevante, abordando casos que tiveram notoriedade, nos quais indivíduos que cometeram crime tiveram diagnóstico de lesão cerebral e psicopatia invocados como matéria de defesa no processo penal, a fim de se estabelecer critérios claros e objetivos para todos os atores processuais.

Discute-se se as lesões cerebrais, no córtex pré-frontal, são responsáveis pela alteração no comportamento de pessoas que, depois do diagnóstico de lesão cerebral, passam a ter comportamentos agressivos e criminosos, como é o caso de Charles Whitman. O livre-arbítrio se contrapõe ao determinismo do meio ambiente, da psiquê e da biologia e é uma questão bastante recorrente na discussão sobre criminosos e a motivação dos seus crimes, por isso, investiga-se como a Neurociência influencia o Direito Penal e o processo penal, destacando-se as imagens escaneadas dos cérebros de psicopatas para análise de sua eficácia como provas neurocientíficas de que eles não possuíam livre-arbítrio e conseqüentemente não havia como impedi-los de cometer os crimes cruéis que cometeram.

Para tanto, a pesquisa será exploratória, com base em bibliografia atualizada e reconhecida no meio acadêmico, a fim de buscar, não soluções, mas uma delimitação adequada da questão.

2 NEUROCIÊNCIA E PROVA NEUROCIENTÍFICA

A Neurociência estuda a estrutura e o funcionamento do sistema nervoso, que compreende o cérebro, medula espinhal e nervos periféricos. É o sistema que coordena todas as ações voluntárias e involuntárias do corpo humano. Destarte, a mais sutil alteração em seu funcionamento ou a mínima lesão na estrutura de seus órgãos pode acarretar prejuízos irreparáveis para a mobilidade, fala, aprendizado ou percepção dos sentidos.

A necessidade de um estudo integrado, portanto, decorre da complexidade de um sistema que é o responsável pelo funcionamento de todos os demais. Assim, as pesquisas neurocientíficas requerem a participação de pesquisadores de várias áreas do conhecimento, para investigar aspectos biopsicossociais que podem influenciar a saúde do sistema nervoso, inclusive, promovendo disfunções, transtornos e lesões.

Nesse contexto de tantas, e tão importantes, funções do sistema nervoso, o objeto de estudo da Neurociência pode ser mais delimitado e, com isso, passa-se a denominar seus ramos a partir de uma maior especificação da pesquisa. Numa síntese superficial, a neurofisiologia investiga as funções do sistema nervoso, en-

quanto a neuroanatomia cuida da estrutura e organização dos órgãos que o compõem; a neuropsicologia enfoca as relações entre nervos e as questões psíquicas; a neurociência comportamental relaciona aspectos internos aos externos, para analisar, por exemplo, como sentimentos interferem no comportamento; e a neurociência cognitiva estuda a capacidade de aprendizado e memória.

Dessa forma, as pesquisas neurocientíficas conjugam, inevitavelmente, saberes plurais. O projeto de investigação de doenças neuropsiquiátricas da PUCRS, que possui o primeiro banco de cérebros de usuários de cocaína/crack da região sul (Biobanco), por exemplo, estuda distúrbios cerebrais, provocados pelo consumo de drogas, analisando a possibilidade da drogadição provocar alterações no DNA do cérebro, uma vez que já foram confirmadas, por exames clínicos, tais alterações no sangue. Para tanto, a pesquisa conta com, dentre outros, os profissionais da biologia (que analisa o tecido cerebral), medicina (foco no funcionamento de órgãos e sistemas) e psicologia (autópsia psicológica), para uma ampla investigação.

O que se destaca é que, uma vez que a neurociência tem por objeto de estudo o sistema nervoso, não apenas o cérebro, estudando fisiologia e morfologia, percebe-se que se trata de um estudo complexo e que depende de fatores que relacionam as múltiplas áreas do conhecimento. A Neurociência não é – e jamais poderia ser – um saber isolado, sem diálogo com outras ciências, em especial, porque, conforme já mencionado, fatores biopsicossociais estão imbricados na formação e desenvolvimento humanos.

Hammerschmidt (2017, p.52), explicando o estágio atual da Neurociência, destaca seu caráter de intensa interdisciplinaridade, em razão das múltiplas dimensões que integram as questões atinentes ao ser humano. “É que, de um lado, trabalha intensamente os problemas ligados à Genética e à Biologia molecular, enquanto, por outro, busca dar respostas às grandes interrogações sobre o conhecimento do comportamento humano e de suas enfermidades mentais”.

Para esse estudo é necessário considerar elementos intra e extracorpóreos e suas conexões. Situações externas, por exemplo, estimulam a liberação de neurotransmissores que determinam um comportamento. Existe, portanto, uma correlação entre as reações humanas aos estímulos exteriores e as espécies de hormônios liberados sob o comando do cérebro.

Marazziti (2017) constata que a biologia cerebral é modificada quando a pessoa se encontra submetida a estímulos marcantes como a paixão, a frustração, uma grande dor emocional, o que induz a elevação dos níveis de hormônios. Sob

a influência dessas substâncias, perde-se a lucidez, ainda que temporariamente, e, em caso de indivíduos mais frágeis, pode desencadear doenças psiquiátricas reais ou distúrbios comportamentais como agressividade e crueldade auto e heterodirecional.

No entanto, algumas pessoas apresentam respostas diferenciadas, ou seja, podem fugir ao padrão do funcionamento cerebral, em decorrência de uma lesão ou transtorno mentais e de personalidade, como é o caso do psicopata. Esse fato tem incitado estudos para compreender o funcionamento do cérebro numa perspectiva criminológica, haja vista o destaque social atribuído aos crimes praticados por pessoas com diagnóstico de lesão cerebral e psicopatias.

Identificar a fronteira entre a sanidade, insanidade escusável e insanidade inescusável pode ser muito tênue, razão por que é preciso desenvolver instrumentos e técnicas de investigação científica que possam avançar nas descobertas. As técnicas de imagens encefálicas como tomografia computadorizada, ressonância magnética, tomografia por emissão de pósitrons, tomografia computadorizada por emissão de fóton único e ressonância magnética funcional são exemplo dessa busca de aperfeiçoamento.

A tomografia computadorizada (TC), que substituiu a radiografia convencional, detecta traumatismo craniano, tumor cerebral, aneurisma, derrame, inflamações, hidrocefalia, nódulos, por meio de raios-X que atravessam o crânio e são captados por um scanner, que produz uma imagem mais nítida e detalhada do cérebro.

A ressonância magnética (RM), também denominada, ressonância magnética nuclear (RMN), mostra a estrutura interna dos órgãos por meio de um campo magnético que agita as moléculas do corpo e capta as imagens direcionando a um computador que as registra. Já a ressonância magnética funcional (fMRI) diferencia-se por observar o fluxo sanguíneo e suas variações em razão da atividade neural, fazendo um mapeamento cerebral, com boa resolução, sem o uso de radiação ionizante ou contraste exógeno.

A tomografia por emissão de pósitrons (PET) é uma técnica da medicina nuclear que mostra o cérebro em seu aspecto funcional e não morfológico, com o auxílio de radionuclídeos que emitem pósitron (partícula positiva do átomo, antimatéria do elétron). A imagem é emitida por computador, a partir da detecção de raios gama, porém limita-se ao alcance do pósitron. No caso da tomografia computadorizada por emissão de fóton único (SPECT), em vez de pósitron, é utilizado o fóton (terceira partícula do átomo).

A partir desses exames, é elaborado o laudo médico que é o resultado da interpretação que o *expert* faz das imagens colhidas, para, com base nelas, apresentar o diagnóstico que considera compatível. Assim, o laudo neurocientífico pode, a princípio, ser considerado uma prova pericial e, como tal, ser trazida ao processo judicial como matéria de defesa.

Para o processo civil, como destaca Taruffo (2011), os laudos neurocientíficos podem esclarecer de forma eficaz a extensão dos danos, por exemplo, no caso de acidentes que causam lesões cerebrais e perda de funções a elas correlacionadas. É, portanto, um instrumento cognitivo privilegiado, porém, não traz a certeza quanto à dor e sua intensidade.

Ainda no âmbito cível, é possível a análise neurocientífica para comprovar a incapacidade, no entanto, a ausência de uma área cerebral específica para o discernimento, torna inviável associar, de modo preciso, determinada lesão a prejuízos significativos de discernimento quanto à licitude ou os efeitos do ato praticado e se tais lesões são determinantes sobre a vontade e o comportamento.

Na hipótese de um tumor cerebral, que se desenvolve lentamente, não há um exame que estabeleça, de forma definitiva, a partir de que momento esse tumor começou a interferir de modo significativo nas ações do indivíduo, não permite criar uma linha temporal das funções que são atingidas nesse processo.

Na situação concreta, o laudo neurocientífico acostado, para ser uma prova eficaz, precisa guardar pertinência com a matéria que se discute, bem como precisa observar critérios mínimos para certificar sua cientificidade e credibilidade, caso contrário, seria imprestável para a causa.

Ocorre que a Neurociência é recente no Brasil. Uma das principais instituições de referência na área, Sociedade Brasileira de Neurociências e Comportamento (SBNeC), tem cerca de 35 anos de existência. Ventura (2010, s.p) ao fazer o levantamento histórico da neurociência em nosso país, aponta que “Sua diversificação cobre uma razoável extensão do campo das neurociências, embora ainda existam muitas lacunas.”, entretanto, considera que em vez de procurar suprir essas lacunas, seria mais relevante buscar meios de desenvolver a área e conclui:

Na área de neuroimagem temos ainda pouca atividade, apesar de já existirem excelentes recursos humanos, que estão constituindo núcleos formadores. Há necessidade de investimento planejado nessa área e, em geral, nos métodos diagnósticos não invasivos de alta tecnologia que têm surgido nas neurociências. Para tanto, devem ser constituídas equipes multidisciplinares, com forte ênfase em profissionais de informática, além de clínicos e pesquisadores básicos das áreas de neurofi-

siologia e psicologia experimental. (VENTURA, 2010, s.p.)

Nesse contexto, é uma ciência pouco acessível. Pode-se considerar que, no Brasil, ainda está em desenvolvimento e, por conseguinte, sua aplicação é restrita a um público bastante específico e, destarte, a interpretação dos dados coletados nos exames somente pode ser questionada por quem possua conhecimento suficiente para identificar e compreender os métodos utilizados.

Considerando que cabe ao juiz fazer a valoração da prova e que a opinião do perito em Neurociência só poderia ser afastada mediante a apresentação dos elementos de convicção devidamente fundamentados, o juiz precisaria deter capacitação que ultrapassa sua habilitação profissional. Se, na mesma demanda, são juntados laudos divergentes, também não há como assegurar que um terceiro laudo poderia suplantá-los.

Ademais, a emissão de um laudo para o processo judicial apresenta especificidades que fogem à preocupação do neurocientista que o faz direcionado a atender um paciente. Para o primeiro, trata-se de uma prova técnica, que visa a elucidação de pontos relevantes para a demanda e não para a pessoa a ela sujeita. Para o segundo, o especialista que realiza o exame, o faz atendendo a requisição de outro profissional que ouviu o paciente, fez a consulta e uma primeira análise clínica e, em regra, quer a confirmação de uma hipótese já levantada.

Assim, é necessário distinguir quais os critérios para a valoração da prova produzida pela Neurociência, para que o juiz, ao apreciá-la, possa identificar os elementos que elucidem a questão posta em juízo. Essa imprecisão pode trazer prejuízos para a segurança das decisões, porém, refutar sua utilização pode acarretar violação ao direito, constitucionalmente assegurado, de ampla defesa.

Trazendo essas questões para o âmbito penal, mais especificamente ao caso de diagnóstico de lesão cerebral e psicopatia, os laudos são utilizados na tentativa de comprovar a inimputabilidade ou culpabilidade do agente, que são temas cruciais e, por isso, exigem uma apreciação mais cautelosa.

3 CASO CHARLES JOSEPH WHITMAN E A NEUROCIÊNCIA

Alguém que tem um tumor cerebral ou alguma lesão que atinja determinadas áreas do cérebro pode deixar de ser uma pessoa normal, cumpridora de seus deveres e cometer crimes bárbaros?

A Neurociência busca resposta para perguntas como essa. Um dos casos mais conhecidos é o do Charles Joseph Whitman, marine, estudou Engenharia

na Universidade do Texas e foi um dos maiores assassinos em massa do Texas.

No dia 01 de agosto de 1966, Whitman mata sua mãe e depois sua esposa e segue para a Universidade do Texas, sobe até o deck de observação do prédio e no caminho deixa um rastro de sangue, mata a recepcionista do prédio, outras duas pessoas e começa a atirar com o rifle nas pessoas que estão lá embaixo. A primeira é uma mulher grávida, outras pessoas que vão auxiliá-la também acabam baleadas e morrendo, no total são 16 pessoas mortas e mais de 30 pessoas feridas, os tiros só param quando a polícia consegue invadir o prédio e matá-lo. A história poderia ser apenas mais uma de tantos assassinatos em massa que ocorrem nos EUA, no entanto, algo chamou a atenção dos investigadores. Whitman deixou bilhetes quando matou a mãe e a esposa e neles relata constantes dores de cabeça, também procurou ajuda na Universidade e fez uma sessão de terapia, mas não voltou para as seguintes, na única sessão que fez com o terapeuta relatou preocupação com sua saúde mental e com seus pensamentos homicidas, não entendia o que estava acontecendo e nos bilhetes que deixou havia o pedido que o seu cérebro fosse estudado. Na autópsia foi detectado que existia um tumor cerebral e que talvez isso tenha sido a causa da mudança de comportamento de Whitman.

Há divergência nos estudos científicos se uma pessoa que possui um tumor cerebral é capaz de perder o discernimento do caráter ilícito de suas ações. Se o tumor tivesse sido retirado o que teria acontecido, Whitman não teria matado todas aquelas pessoas, inclusive as duas que ele mais amava? Se ele tivesse sobrevivido o tumor teria sido retirado e ele seria mantido em tratamento psiquiátrico? E os familiares das vítimas de Whitman que morreram naquele dia que resposta teriam se ele fosse considerado inimputável e o fato de possuir um tumor cerebral não permitisse que ele entendesse o caráter ilícito de seus atos? Whitman teria uma sanção aplicada pelo Direito Penal? O livre-arbítrio de Whitman existe? Uma lesão cerebral é determinante para a mudança de comportamento que leva pessoas normais a cometerem crimes?

O que se verifica em casos como o de Whitman é que, dependendo da região que o tumor cerebral esteja localizado e a extensão do dano causado no córtex pré-frontal, é possível se verificar uma alteração do comportamento. O ex-fuzileiro, que antes não tinha problemas com a polícia e com a justiça, passa a violar as regras constantemente e comete homicídio contra a mãe, a esposa e pessoas desconhecidas. Segundo Piazzeta (2018, p. 62) “Lesões no neocórtex podem ocasionar mudanças significativas da personalidade, passando a haver um comportamento caracterizado por ações agressivas e envolvimento em atividades

criminais ou antissociais”.

Assim, Whitman e outras pessoas que tiveram seu córtex pré-frontal lesionado tinham pré-disposição a cometer atos violentos e agressivos contras outras pessoas, sem que o livre-arbítrio pudesse impedi-los, porque a parte responsável por esse discernimento emocional e moral não foi acionada.

4 O LIVRE-ARBÍTRIO E AS EXPERIÊNCIAS - LIBET

Desde que Franz Von Liszt, em 1881, definiu o delito como um ato anti-jurídico, culpável ao qual é dada uma sanção, a culpabilidade é vista como “uma reprovação de um injusto penal”. Assim, a culpabilidade diz respeito a pessoa que cometeu o ilícito penal, que não se comportou adequadamente ao jeito que a norma diz para agir e violou regras impostas pelo ordenamento jurídico, presumindo que o indivíduo tem liberdade e vontade de agir como quiser.

O livre-arbítrio é a capacidade de o homem tomar suas próprias decisões de forma consciente, sem ser influenciado por aspectos internos ou externos a ele, enquanto que o determinismo implica dizer que os acontecimentos, inclusive os crimes, são determinados pelo meio social, pela psiquê ou biologia. O homem determinista não possui uma vontade livre, não pode fazer o que quiser, porque já está pré-determinado como ele vai agir. Segundo “Bettiol aceita que toda ação é determinada, pode ser prevista, e, porque prevista, pode ser oportunamente evitada” (PIAZZETA, 2018, p.101). Para Bettiol se já sabemos como o criminoso vai agir tem como afastar as causas do delito, a pena deveria ser orientada para o futuro como forma de prevenir novos crimes, e não para o passado depois que o criminoso já cometeu o injusto penal.

O livre-arbítrio está sendo questionado pela Neurociência diante da nova imagem do humano, que não reconhece mais a culpabilidade e a responsabilidade penal.

Infere-se, outrossim, que se trata nada menos do que uma nova imagem do humano, o entendimento tradicional do humano, de que é responsável pelo seu próprio fazer, deve ser substituído por uma imagem do sujeito que pode conviver sem conceitos como responsabilidade, merecimento e culpabilidade, pois seriam aplicáveis somente se o homem dispusesse de livre-arbítrio. (PIAZZETA, 2018, p. 101)

Na década de 80, o filósofo Benjamin Libet realizou experiências que “demonstraram que, durante um ato ‘voluntário’, o cérebro se ativa antes que o sujeito tenha a consciência subjetiva da vontade” (CERQUEIRA, 2018, p.91).

O experimento consistia em que o voluntário flexionasse os dedos das mãos em determinado momento e que comunicasse ao pesquisador quando fosse flexionar. Libet monitorava as funções cerebrais do voluntário através da técnica de ressonância magnética funcional e conseguiu perceber que antes de tomar a decisão consciente de flexionar os dedos, a decisão era tomada de forma inconsciente alguns milissegundos antes do voluntário tomá-la de forma consciente.

A questão é se é realmente necessário o livre-arbítrio para o conceito de culpabilidade? O autor do injusto penal no caso concreto teria ou não agido de forma diferente? É uma questão metafísica cuja resposta não influenciaria em nada o acontecimento concreto, ou seja, ele já cometeu o fato ilícito, já matou. É irrelevante agora saber se o assassino tinha livre-arbítrio ou não, se poderia ter sido diferente, o fato já aconteceu. E a Neurociência e o Direito Penal têm que trabalhar com as circunstâncias do caso concreto.

A Neurociência busca uma resposta para esses questionamentos, investigando o funcionamento do cérebro e de que forma as ciências médicas podem contribuir para entender o que leva uma pessoa a matar com crueldade outro ser humano e não sentir nenhum tipo de empatia pela vítima e pela família desta. Como a Neurociência pode auxiliar o direito penal nestes casos?

Apesar de várias obras publicadas fazendo a relação entre Neurociência e Direito Penal as pesquisas ainda são incipientes no que diz respeito a uma mudança na legislação penal, até porque as críticas a essa relação são bastante severas.

Para o Direito Penal houve um injusto, uma violação a norma que dizia para não roubar, não matar, não estuprar. Se o agente causador do ilícito tem um dano cerebral que retira o discernimento dele ao cometer o ato e o seu livre-arbítrio é questionável, a resposta que o direito penal dá é que o agente deve ser colocado em medida de segurança, que não é uma sanção, mas um tratamento para que a causa da lesão seja avaliada por uma equipe multidisciplinar, entre médicos-psiquiatras, psicólogos, neurologistas e demais profissionais que possam auxiliá-lo na cura da lesão.

As sanções penais são construídas na diferenciação se os indivíduos são dotados de livre-arbítrio para tomar as decisões ou se as ações são determinadas de alguma forma pelo meio ambiente, biologia ou psiquê e ainda existem aqueles que defendem a compatibilidade desses dois conceitos.

5 A NEUROCIÊNCIA E OS PSICOPATAS

O termo psicopata é de difícil definição, porque caiu no senso comum e qualquer pessoa que aja em desconformidade com o que é estabelecido socialmente e viole as normas jurídicas praticando ilícitos penais com gravidade são chamadas de psicopatas. (STONE, 1999, apud, ABREU, 2013) “Pessoas que carecem de capacidade de entender as emoções dos outros ou, ainda pior, que reconhecem, mas não se comovem com a tristeza dos outros, são consideradas anormais e recebem rótulos, tais como “incapacidade de aprendizagem social-emocional ou psicopata”. Existe o entendimento errôneo de que todos os psicopatas cometem crimes violentos e matam, no entanto, existem pessoas que são psicopatas e não cometem homicídio. Nem todo psicopata é *serial killer*, mas o contrário é verdadeiro, pois todo *serial killer* possui transtorno de personalidade antissocial.

Os psicopatas, especialmente os *serial killers*, há muito tempo são objeto de estudo dos cientistas, busca-se saber como o cérebro deles funcionam e o que os levam a cometer crimes violentos e cruéis. São pessoas que já nasceram com distúrbios cerebrais e aptas a matar sem sentir remorso? Essas pessoas têm livre arbítrio e sabem o que fazem? São muitos os questionamentos e em alguns casos, a defesa deles se utiliza de provas neurocientíficas e do mapeamento do cérebro argumentando que o córtex pré-frontal dessas pessoas sofreu traumatismo craniano em um acidente ou foi atingindo por alguma doença, um tumor cerebral por exemplo, e que isso de alguma forma contribuiu para o comportamento agressivo que os levam a cometerem crimes. Neste artigo busca-se discutir se psicopatas, dentre eles os seriais killers possuem livre-arbítrio e têm discernimento suficiente para entender o caráter ilícito de seus atos ou se seu cérebro já é pré-determinado a matar?

Segundo Raine (2015) um dano no córtex pré-frontal pode causar mau funcionamento no cérebro em diferentes níveis conceituais. No nível emocional “resulta em perda de controle sobre as partes evolutivamente mais primitivas do cérebro – como o sistema límbico – que geram emoções cruas, como a raiva e a ira” (RAINE, 2015, p.65), no nível comportamental os pacientes se arriscam mais, são irresponsáveis e gostam de violar regras, no nível da personalidade são indivíduos impulsivos, perdem o controle facilmente, tem comportamentos inapropriados que não conseguem inibir, no nível social os indivíduos são imaturos e possuem déficit na hora de se relacionar com outras pessoa e emitir julgamentos sociais, os comportamentos são inadequados perante a sociedade e constantemente respondem com agressividade a encontros sociais turbulentos, no nível cognitivo tem pouca habilidade para resolver problemas, as dificuldade

intelectuais podem levá-los a ter baixo desempenho na escola e subempregos que não conseguem manter por muito tempo, passam por privações econômicas e terminam por possuir um estilo de vida delinquente e violento.

Segundo Raine (2015), em suas pesquisas sobre a anatomia da violência e depois de analisar inúmeros casos médicos, muitos como o caso de Phineas Gage, que teve uma lesão no córtex pré-frontal devido a um acidente de trabalho, e outros casos de acidentes automobilísticos e de pessoas antissociais.

E por isso mesmo, há indivíduos violentos “anormais” que têm um funcionamento cerebral bastante normal. Nós não podemos usar as imagens do cérebro como uma ferramenta de alta tecnologia para dizer quem é normal, quem é um assassino de uma vítima apenas e quem é um assassino em série. Não é tão simples assim. No entanto, ao mesmo tempo, estamos começando a reunir pistas importantes a respeito de quais regiões desse órgão – quando disfuncionais – poderiam dar origem à violência. (RAINE, 2015, p. 74)

Andrea Glenn, um dos alunos de Raine, que pesquisou o cérebro psicopático descobriu que pessoas antissociais possuem uma atividade reduzida na amígdala, órgão responsável pela tomada de decisões morais e emocionais, isso explica o comportamento dessas pessoas em serem insensíveis e manipuladoras

Andrea Glenn descobriu que o córtex pré-frontal medial, a região posterior do giro do cíngulo e o giro angular também estavam disfuncionais em psicopatas durante a tomada de decisão moral. Além disso, essas áreas estavam particularmente associadas às características interpessoais do psicopata – charme superficial, mentira e fraude, egocentrismo e manipulação. Elas também fazem parte do circuito neural da tomada de decisão moral e estão envolvidas na autorreflexão, na tomada de perspectiva emocional e na integração da emoção ao pensamento social. (RAINE, 2015, p. 96)

As funções cerebrais e os comportamentos possuem uma região do cérebro específica em que atuam? Existem duas correntes de pensamentos para responder a esse questionamento, os localizacionistas e os distribucionistas, como destaca Piazzeta (2018)

Os localizacionistas como Franz Gall acreditam que existem regiões específicas no sistema nervoso central para as funções cerebrais de forma especializada, enquanto os distribucionistas não acreditam em áreas especializadas no cérebro, mas que este realiza um trabalho coletivo de neurônios distribuídos por inúmeras regiões cerebrais que realizam várias funções simultaneamente.

Segundo Hammerschmidt (2017, p. 288)

Contudo, as pesquisas mais atuais apontam características genéticas, além de

morfológicas e funcionais, do sistema nervoso central e periférico, associadas à psicopatia. Uma das mais importantes implicações práticas dessa literatura referente aos avanços neurobiológicos comportamentais é a possibilidade de usar seus resultados como atenuantes da responsabilidade dos indivíduos afetados, por se concluir que tais pessoas, por serem portadoras de determinadas características biológicas, deveriam receber tratamento terapêutico em lugar de pena criminal.

Os estudos sobre Psicopatia são recentes e não são decisivos principalmente quanto à análise do cérebro desses indivíduos. Advogados utilizam imagens cerebrais para atenuar a responsabilidade de psicopatas, argumentando que por uma questão biológica que afeta o córtex pré-frontal não haveria empatia em relação à dor do outro, nem emoção ou discernimento necessário para entender o caráter ilícito de seus atos, assim, não poderiam ser responsabilizados criminalmente, mas receber tratamento adequado.

6 PROVA NEUROCIENTÍFICA NO PROCESSO PENAL

A Neurociência, conforme se discutiu, é um saber científico que se utiliza de instrumentos, técnicas e métodos próprios, porém conjugados a diversos saberes, a fim de estudar o sistema nervoso em toda sua complexidade, ou seja, não se limita à compreensão da fisiologia, mas contempla, a partir dessa estrutura cerebral, os mecanismos que permitem seu adequado funcionamento.

Assim, a composição da memória e da percepção, o controle dos impulsos de agressividade, os freios inibitórios que compatibilizam os desejos sexuais com o comportamento socialmente aceito e os mecanismos de tomada de decisão são temas que necessariamente entrelaçam fatores biopsicossociais, o que torna o conhecimento do cérebro algo indispensável para compreender o ser humano e sua postura em sociedade.

Nesse diapasão, verifica-se que a Neurociência pode ser uma importante ferramenta para desvendar questões criminais atinentes à motivação da prática delituosa e o discernimento quanto a suas consequências. Todavia, o desenvolvimento da Neurociência revela que, assim como ocorre em diversas outras ciências, existe uma sucessão de evolução e involução no conhecimento científico que precisa ser respeitada. A um tempo determinada técnica pode ser considerada adequada para um diagnóstico, porém, estudos posteriores tiram-lhe a credibilidade com a descoberta de falhas não detectadas anteriormente. Esses riscos são assumidos pelos pesquisadores, mas se podem ser assumidos também em um processo judicial, isso é outra questão a ser analisada.

Aqui não se discute a cientificidade dos métodos utilizados, mas se seus resultados são suficientemente confiáveis para servir de elemento probatório e persuasivo no processo penal. Desta forma, o aspecto a ser analisado diz respeito aos métodos que a Neurociência utiliza e sua confiabilidade para que possam ser aplicados nos casos judicializados.

O direito penal e processual penal não devem ficar subordinados à Neurociência, em virtude, de não participarem das discussões neurocientíficas com os pesquisadores médicos, no entanto, não podem alijar a Neurociência das decisões que se fundem nos mecanismos de discernimento, compreensão e comportamento humano, que são essenciais para definir a imputabilidade e a culpabilidade do agente.

A Neurociência cognitiva, por exemplo, “procura entender como os sistemas humanos sensoriais e motores, a atenção, a memória, a linguagem, as funções cognitivas superiores, as emoções, até mesmo a consciência, surgem da estrutura e da função cerebral” (SNEAD *apud* BRITO, 2014, p. 113)

1) Imagens funcionais que determinam funções fisiológicas e que se utilizam de tomografia computadorizada por emissão de fóton único (SPECT), tomografia por emissão de pósitrons (PET), ressonância magnética funcional (fMRI), eletroencefalografia (EEG), magnetoencefalografia (MEG) e tomografia por impedância elétrica (EIT)

2) Imagens estruturais que procuram identificar informações anatômicas, feitas por radiografia, tomografia computadorizada (CT), ressonância magnética (MRI) e ultrassonografia (US) (VALANCIENE *apud* BRITO, 2014, p. 114)

Dentre as técnicas de neuroimagem citadas anteriormente, a fMRI é aplicada para monitorar o cérebro e as correlações neurológicas quando o paciente toma decisões, os julgamentos morais. As imagens permitem observar as funções cerebrais que são acionadas, as mudanças de fluxo sanguíneo quando as decisões são tomadas. Alguns autores fazem referência a uma “neuroimagem forense” cujo “objetivo é determinar se indivíduos com uma reduzida habilidade de sentir empatia, culpa ou remorso por atos criminais exibem um sinal neurológico único ou distinto a ser identificado” (BUSATO, 2014, p. 119)

Já foi verificado em exames de neuroimagem, que há relação “entre perturbações neuronais pré-frontais específicas e a manifestação de comportamentos agressivos, impulsivos e antissociais” (PIAZZETA, 2018, p.65).

A Neurociência traz subsídios para aferir a vontade, culpa e imputação, a partir da atividade cerebral. Ocorre que a intenção, de acordo com Taruffo

(2010), depende da interação entre cérebro, corpo e mundo, o que não pode ser detectado apenas pela análise do fluxo sanguíneo em determinadas áreas do cérebro. Seria, pois, uma perspectiva muito reducionista considerar que toda atividade humana se resume à atividade cerebral, o que poderia se configurar como um retrocesso à busca das raízes biológicas do crime, como defendiam os primeiros criminólogos. Seria um “neolombrosianismo” sofisticado com o incremento da tecnologia.

O que precisa ser averiguado é o rigor metodológico com que foram produzidas as provas e se verificar que tais técnicas não podem ser aplicadas a todas as espécies de delitos. Considerando, ainda, que, em situações de lesão cerebral e psicopatias é possível que a tecnologia necessária seja sofisticada, altamente especializada e, por conseguinte, dispendiosa, é preciso definir a participação do Estado na obtenção dessa prova, cabendo ao juiz, então, definir sua oportunidade e fundamentar sua essencialidade para justificar sua realização, ante o princípio da economia processual.

Ocorre que a complexidade do conhecimento neurocientífico pode deixar o juiz, como afirma Corda (2012), numa condição subalterna, que o conduz a aceitar o laudo sem compreendê-lo em sua completude, ou, ao contrário, o faz rejeitá-lo em razão de sua condição inovadora. Ademais, a Neurociência poderá influir na valoração de laudos psicológicos e psiquiátricos, uma vez que se propõe como uma ciência mais objetiva e complexa, o que requer maior fundamentação na escolha por uma prova em detrimento de outra. De qualquer forma, a atividade do juiz se torna mais árdua, ao tempo em que precisa assegurar a admissibilidade de provas científicas para efetivar a ampla defesa e estar capacitado para valorá-la, distinguindo aquilo que possui validade científica reconhecida e, simultaneamente, seja pertinente e relevante para a causa.

A decisão acerca da produção da prova, bem como de sua admissibilidade no processo e sua valoração é exclusivamente do juiz. No processo penal brasileiro, a prova não pode conter vícios. Em regra, “não sendo o meio de prova indigno, imoral, ilícito, ou, ainda, ilegal e sendo respeitada a ética e a dignidade da pessoa humana, poderá este ser admitido e passível de aquisição no processo, mesmo que não esteja legalmente relacionado no Código de Processo Penal” (AMBOS e LIMA, 2009, p.137).

Assim, a prova neurocientífica, obedecendo a tais critérios, não encontra vedação legal para que seja produzida e incluída no processo. No entanto, é inquestionável que exige do juiz um rigor maior quanto à aferição de sua validade,

haja vista que deve avaliar os métodos utilizados para sua obtenção (que exige saber específico), a sua real pertinência com a causa, se sua relevância é significativa a ponto de justificar a despesa correspondente.

Quanto ao aspecto metodológico, Caprioli, citado por Corda (2012) apresenta três formas de a ciência ser uma má professora: quando é uma ciência intrinsecamente ruim, que deve ser dispensada no caso específico; quando é boa ciência, mas aplicada por maus cientistas; e quando é boa ciência corretamente aplicada por cientistas em sede processual, mas utilizada de modo inapropriado pelo juiz.

Dessa forma, a prova neurocientífica, quando se consistiu no resultado de uma boa ciência, aplicada por cientistas que desfrutam de credibilidade, ainda precisa ser utilizada de modo apropriado pelo juiz para que não resulte em falhas. Por isso, com ressalta Amaral (2014, p.403), o destino da prova é “lastrear o convencimento e engendrar a convicção. Esta colocação não avança sem a condição de saber que não há prova sem destinatário”. Assim, o juiz é o decodificador da mensagem contida no laudo neurocientífico, fazendo uma “interpretação da interpretação”, pois o neurocientista já lançou sua visão que se consubstancia no documento levado ao processo.

Nesse sentido, Lopes Jr (2019) opina pela oitiva do perito em audiência para permitir o contraditório, pois considera que a prova pericial possui a mesma base epistemológica da prova testemunhal, diferenciando-se apenas na perspectiva metodológica. Essa seria uma alternativa capaz de auxiliar o juiz na valoração da prova neurocientífica, uma vez que, permitiria melhor aferir os motivos de convencimento do próprio perito, o porquê da metodologia utilizada e as bases de sua percepção e conclusões sobre os fatos que descreve no laudo.

CONCLUSÃO

A Neurociência pode ser considerada uma ferramenta que busca responder aos questionamentos realizados pelo Direito Penal e Processo Penal a respeito da utilização da imputabilidade e culpabilidade do sujeito, baseando-se em prova neurocientífica nos casos em que os indivíduos tiveram lesão na região do córtex pré-frontal e nos casos de psicopatia.

As técnicas de imagens encefálicas como tomografia computadorizada, ressonância magnética, tomografia por emissão de pósitrons, tomografia computadorizada por emissão de fóton único e ressonância magnética funcional auxiliam

na tentativa de compreender como o cérebro funciona e o que pode acontecer quando o córtex pré-frontal é atingido. Pessoas que antes de ter uma lesão cerebral cumpriam suas obrigações, não cometiam crimes, mas que em decorrência de um tumor, de um acidente, a lesão termina por causar um mau funcionamento que leva a criminalidade e os casos de psicopatia que continuam a intrigar os pesquisadores.

A utilização das provas neurocientíficas no âmbito do Processo Penal é recente no Brasil, e visto por muitos pesquisadores com ressalva, alguns chegam a citar um “neolombrosianismo”, alegando que explicar o fenômeno do crime analisando apenas as imagens cerebrais dos criminosos não é suficiente para responder a diversos questionamentos.

Uma lesão na área pré-frontal, seja por um tumor, ou outro episódio, não é fator suficiente para alterar o comportamento do indivíduo, tornando-o criminoso. No caso dos psicopatas, que possuem livre arbítrio e entendem o caráter ilícito dos seus atos ao matar, as pesquisas buscam entender por que a região do córtex pré-frontal não é acionada, e as emoções ficam embotadas.

Para a utilização das provas neurocientíficas deve-se observar as particularidades do caso concreto, dando-se ênfase não apenas ao fator biológico, mas ao psicológico e aos fatores sociais que influenciaram esses indivíduos a cometerem crimes.

Sendo assim, o Direito Penal e Processo Penal não devem apenas se sujeitar à Neurociência, visto que não há participação dos juristas nessas pesquisas. As provas neurocientíficas são caras e exigem um conhecimento específico a respeito do tema, o juiz deve observar se é realmente relevante a produção dessa prova técnica, se é conveniente que o Estado pague por sua produção, sabendo que será contestada em juízo por especialistas na área.

É necessário, portanto, que mais pesquisas sejam feitas para compreender o cérebro de psicopatas e de indivíduos que tenham sofrido alguma lesão cerebral para explicar os mecanismos que os levaram a cometer crimes, no entanto, é preciso, também, reconhecer que muitos esclarecimentos já foram trazidos pela Neurociência, razão por que, o aprofundamento do conhecimento científico deve ser buscado para que seus resultados sejam cada vez mais consubstanciados e de credibilidade suficiente para serem aceitas como provas no processo penal em favor de uma solução mais justa.

REFERÊNCIAS

- AMARAL, Augusto Jobim do. **Política da prova e cultura punitiva: a governabilidade inquisitiva do processo penal brasileiro contemporâneo**. São Paulo: Almedina, 2014.
- AMBOS, Kai; LIMA, Marcellus Polastri. **O Processo Acusatório e a Vedação Probatória: perante as realidades alemã e brasileira com a perspectiva brasileira já de acordo com a reforma processual de 2008 – Leis 11.689, 11.690 e 11.719**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009.
- BUSATO, Paulo César. **Neurociência e Direito Penal**. São Paulo: Atlas, 2014.
- CERQUEIRA, Marina. **Neurociência e Culpabilidade**. 2ª ed. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018.
- CORDA, Alessandro. **Neurociencias y derecho penal desde el prisma de la dimensión procesal**. Marcial Pons, 2012.
- HAMMERSCHMIDT, Denise. **Direito Penal, Psicopatía & Neurociências**. Curitiba: Juruá, 2017.
- LOPES JR. Aury. **Notas de aula: Doutorado em Ciências Criminais**. PUCRS, jul.2019.
- MARAZZITI, Donatella. **Apaixonar-se e Biologia Cerebral**. 2017. Disponível em http://www.ao-pisa.toscana.it/index.php?option=com_content&view=article&id=7451:innamoramento-e-biologia-del-cervello&catid=42:notizie-dellospedale&Itemid=181 Acesso 19/04/2019.
- PIAZZETA, Naele Ochoa. **A mente criminosa. O direito penal e a Neurobiologia da Violência**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.
- RAINE, Adrian. **A anatomia da violência: as raízes biológicas da criminalidade**. Tradução Maiza Ritomy Ite; revisão técnica: Ney Fayet Junior, Pedro Antonio Schmidt do Prado Lima. Porto Alegre: Artmed, 2015
- TARUFFO, Michele; FENOLL, Jordi (orgs.). **Neurociencia y Proceso Judicial**. Marcial Pons, 2010.
- _____. **La Prueba de los Hechos**. Milão: Editorial Trotta, 2011
- VAZQUEZ, Carmen (organizadora). **Estandares de prueba y prueba científica: ensayos de epistemología jurídica**. Madrid: Marcial Pons.
- VENTURA, Dora Fix. Um retrato da área de Neurociência e comportamento no Brasil. *In: Psicologia: Teoria e Pesquisa*, vol 26, Brasília, 2010. Disponível em http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-37722010000500011#nt Acesso em 31/07/2019.

EXECUÇÃO PENAL E A GARANTIA DA LEGALIDADE PENAL: DA (IN)CONSTITUCIONALIDADE DA TIPIFICAÇÃO DE FALTAS GRAVES POR MEIO DE NORMAS ADMINISTRATIVAS ESTADUAIS

William de Quadros da Silva¹

RESUMO: Hoje, na legislação brasileira, apenas as faltas graves, estão previstas na Lei de Execuções Penais (Lei nº 7.210/84 – LEP), bem como nos regimentos penitenciários estaduais. O objeto deste estudo é o exame da (in)constitucionalidade dessas normas administrativas, em detrimento à legislação ordinária. O trabalho será estruturado em três partes. No primeiro, será feito uma breve revisão da garantia da legalidade no âmbito da execução penal; em seguida, procede-se ao estudo da disciplina penitenciária, finalizando-se com a demonstração do entendimento jurisprudencial a respeito da matéria a respectiva crítica doutrinária. As técnicas de pesquisa serão a revisão bibliográfica e jurisprudencial.

Palavras-chave: Execução penal, garantia da legalidade, faltas graves, normas administrativas, inconstitucionalidade.

ABSTRACT: Today, under Brazilian law, only serious misconduct is planned in Criminal Execution Law (Law nº. 7.210/84 - LEP), as well as in the state penitentiary regulations. The object of this study is to examine the (un)constitutionality of these administrative rules, to the detriment of ordinary legislation. The work will be three-parted structure. In the first, there will be a brief review of the guarantee of legality in criminal enforcement; Then, we proceed to the study of the penitentiary discipline, ending with the demonstration of the jurisprudential understanding on the subject the respective doctrinal criticism. The research techniques will be the survey of art and the study of judgments.

Keywords: Enforcement, guarantee of legality, serious mis-

¹ Mestre em Ciências Criminais (PUCRS), especialista em Ciências Penais (PUCRS) e Docência no Ensino Superior (PUCRS). Advogado. E-mail: william.quadros.silva@outlook.com.

conduct, administrative rules, unconstitutionality.

1 INTRODUÇÃO

A execução penal é, reconhecidamente, um campo de incertezas e lacunas no âmbito das ciências penais, especialmente na literatura pátria. A doutrina especializada é rara e, quando existente, os temas são enfrentados sem a profundidade esperada, principalmente quando as questões são deveras problemáticas.

Uma dessas questões diz respeito ao tema da disciplina carcerária e seu regramento pela legislação especial, a LEP. Por envolver a restrição de direitos fundamentais, bem como implicar severas consequências ao regular cumprimento da pena, a garantia da legalidade, em sede de execução penal, relativa à tipificação de faltas graves tem sido objeto de constantes debates e questionamentos, não havendo um entendimento pacífico na jurisprudência sobre os respectivos dispositivos legais. Porém, em que pese a previsão de que elas devam ser tipificadas por meio de legislação federal ordinária, as normas penitenciárias estaduais igualmente as disciplinam, o que coloca em dúvida sua (in)constitucionalidade, vindo a ensejar o presente estudo, dentro dos limites estabelecidos.

O artigo será estruturado em três partes. Inicialmente, far-se-á uma revisão da aplicação e da observância da garantia da legalidade no âmbito da execução penal; posteriormente, procede-se a um estudo a respeito da disciplina carcerária e de sua relação com as faltas graves; por fim, é feito um exame crítico de julgados que porventura tenham enfrentado a matéria, analisando-se os argumentos empregados pelo Poder Judiciário.

As técnicas de pesquisa empregadas foram a revisão bibliográfica e jurisprudencial.

2 DA GARANTIA DA LEGALIDADE NA EXECUÇÃO PENAL

A partir de 1988, quando da entrada em vigor da nova Constituição Federal, novos valores e princípios passaram a orientar o ordenamento jurídico nacional, em todas as áreas do Direito. Em âmbito penal, as mudanças foram pontuais, mas significativas. Portanto, era necessário se buscar a (re)adequação de toda a legislação, até então vigente, com os novos moldes introduzidos pela Magna Carta.

Embora possa parecer um tanto quanto óbvio o ponto em análise, pois se trata de matéria relativa à hierarquia entre fontes do Direito, o presente mo-

vimento é recente, de origem alemã, pois a própria concepção da Constituição, como Lei Maior de todo um ordenamento jurídico, é um produto do século XX. E tal movimento implica não somente a adequação formal da legislação, mas também, e principalmente, de seu conteúdo². E é aqui que se restringe esta discussão: a obrigação de ressocializar do Estado, e ser ressocializado do condenado, é uma norma constitucionalmente válida?

A Constituição Federal não é um conjunto de mandamentos positivados, mas, ao contrário, de princípios, valores e fundamentos jurídicos, logo, mais abertos à interpretação. Todavia, alguns desses princípios se encontram expressos na Carta Política e que são plenamente aplicáveis à matéria penal, estando presentes, em sua maioria, no artigo 5º, como o da legalidade (XXXIX), individualização das penas (XLVI e XLVIII), presunção de inocência (LVII), jurisdicionalidade (LIII e LIV), humanização das penas (XLVII e XLIX) e tantos outros. Todos esses princípios devem ser observados, também, quando da execução da pena, seja no momento da atividade legiferante ou do próprio cumprimento da mesma pelas autoridades responsáveis.

ELA WICKO DE CASTILHO, por sua vez, compartilha do argumento da necessidade de constitucionalização da execução penal³, pois a própria Lei de Execução Penal, em seu art. 3º, *caput*, determina os limites do cumprimento da penal: “Ao condenado e ao internado serão assegurados todos os direitos não atingidos pela sentença ou pela lei”. Logo, além de inconstitucional, é ilegal o estabelecimento de deveres aos presos que estejam além daqueles que lhe foram originalmente impostos e que não possuam relação direta e necessária à sentença condenatória.

Feita esta introdução, far-se-á o aprofundamento do tema, com ênfase no princípio da legalidade, pois é aquele que demanda maiores críticas quando do estudo da disciplina carcerária e suas consequências ao apenado.

O princípio da legalidade está positivado no art. 5º, XXXIX, estando assim prescrito: “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”. Embora se utilize a expressão “crime” e “pena”, não se pode esquivar do seu uso analógico a qualquer sanção, de natureza penal ou administrativa, a ser imposta pelo Estado em detrimento de um particular, inclusive a execução penal.

2 SCHMIDT, Andrei Zenkner. A crise de legalidade na execução penal. In: CARVALHO, Salo de (coord.). Crítica à Execução Penal. 2.ed. rev. ampl. atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 210-211.

3 CASTILHO, Ela Wiecko V. de. **Controle da legalidade na execução penal**: reflexões em torno da jurisdicionalização. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988, p. 27.

O referido princípio teve origem no Estado Liberal de matiz Iluminista, com sua primeira aparição datando de 1789, na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão⁴. Todavia, hoje não se está mais em um Estado liberal, como aquele nascido após a Revolução Francesa, mas sim em um Estado Democrático de Direito, o que implica profundas transformações na própria concepção e materialização da legalidade criminal. Não basta que a lei preveja condutas puníveis e suas respectivas consequências jurídico-penais, mas sim que seja a positividade dos valores constitucionais e garantias fundamentais⁵, como referido acima, quando da crítica à finalidade da execução penal.

A principal meta do princípio da legalidade é a busca da segurança jurídica, em detrimento de eventuais e imprevisíveis abusos estatais⁶. Porém, como nosso sistema legal baseia-se na lei escrita, “há que ser dado um freio, um limite semântico à ‘linguagem do Direito’⁷. Porém, há o temor da vagueza e da polissemia dos termos legislativos que, em matéria de execução penal, são muito acentuadas⁸, o que acarreta a evidente crise da legalidade quando do cumprimento da pena, notadamente quando da classificação das condutas dos presos quando do cometimento de faltas disciplinares.

No âmbito da execução penal, JASON ALBERGARIA já sustentava que a “prévia tipificação da falta disciplinar atende não só o princípio da legalidade, como o princípio da humanização da execução penal”⁹, de modo a proteger o preso das arbitrariedades do Estado durante do cumprimento da pena, sendo esse entendimento corroborado por ODIR ODILON DA SILVA e JOSÉ ANTÔNIO PAGANELLA BOSCHI, ao destacarem que, até o advento da Lei nº 7.210/84, toda a disciplina carcerária era estatuída por normais estaduais e, especialmente, regulamentos administrativos¹⁰.

ALEXIS COUTO DE BRITO, por sua vez, é contundente ao defender um sentido mais abrangente com relação à garantia da legalidade, pois toda decisão estatal que implique a restrição de direitos do preso deve ser precedida de

4 SCHMIDT, Andrei Zenkner. A crise de legalidade na execução penal. In: CARVALHO, Salo de (coord.). **Crítica à Execução Penal**. 2.ed. rev. ampl. atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 31.

5 SCHMIDT, Andrei Zenkner. A crise de legalidade na execução penal. In: CARVALHO, Salo de (coord.). **Crítica à Execução Penal**. 2.ed. rev. ampl. atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 33.

6 SCHMIDT, Andrei Zenkner. A crise de legalidade na execução penal. In: CARVALHO, Salo de (coord.). **Crítica à Execução Penal**. 2.ed. rev. ampl. atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 41.

7 SCHMIDT, Andrei Zenkner. A crise de legalidade na execução penal. In: CARVALHO, Salo de (coord.). **Crítica à Execução Penal**. 2.ed. rev. ampl. atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 43.

8 SCHMIDT, Andrei Zenkner. A crise de legalidade na execução penal. In: CARVALHO, Salo de (coord.). **Crítica à Execução Penal**. 2.ed. rev. ampl. atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 46.

9 ALBERGARIA, Jason. **Comentários à lei de execução penal**. Rio de Janeiro: AIDE, 1987, p. 79.

10 SILVA, Odir Odilin Pinto da; BOSCHI, José Antônio Paganella. **Comentários à Lei de Execução Penal**. Rio de Janeiro: AIDE, 1986, p. 62.

uma previsão legal, especialmente no âmbito da execução penal, já que compete à lei definir os crimes, penas e a forma de cumprimento dessa sanção, a ser observada pelos estabelecimentos prisionais. Ademais, como a execução penal não possui natureza exclusivamente administrativa, quando for provocado a se manifestar, o Poder Judiciário deverá fundamentar sua decisão com base em norma legal e não em regramento administrativo prisional¹¹.

Contudo, no entender de NORBERTO AVENA, a garantia da legalidade limita-se à tipificação dos crimes e suas respectivas sanções, não havendo qualquer menção do autor à observância dessa garantia quando do efetivo cumprimento da pena¹². No entanto, ele próprio, mais adiante, reconhece que o art. 45, LEP guarda identidade para com o art. 5º, XXXIX, CF/88, embora se trate de legislação anterior ao atual ordenamento constitucional, bem como relaciona-se ao art. 1º, CP, que trata da legalidade penal em sentido estrito¹³.

No mesmo sentido, RENATO MARCÃO ao sustentar que a “Lei de Execução Penal está submetida aos ditames dos princípios da reserva legal e da anterioridade da norma (art. 5º, XXXIX; art. 1º, CP), de maneira que não pode haver falta ou sanção disciplinar sem previsão legal ou regulamentar”¹⁴. O autor, todavia, apenas reproduz, quase que literalmente, o texto contido no art. 45, LEP, sem nenhuma consideração crítica.

ÁLVARO MAYRINK DA COSTA sustenta que a “Lei de Execução Penal ressalta que o *princípio da legalidade* domina o corpo e o espírito da lei, de forma a impedir o *excesso* ou o *desvio* de execução comprometem a dignidade e a humanidade do Direito Penal”¹⁵.

E a importância do tema justifica-se devido às sérias sanções que são aplicadas ao preso quando do reconhecimento de uma falta grave, em relação às leves e médias.

A primeira implicação da distinção entre as faltas disciplinares é a competência para a instrução e aplicação das penalidades correspondentes. Nos casos de faltas leves e médias, é competente o diretor do estabelecimento prisional, cabendo ao juiz criminal, tão-somente, na hipótese de falta grave, como preceituado

11 BRITO, Alexis Couto de. **Execução penal**. 2. d. rev. ampl. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 43-44.

12 AVENA, Norberto. **Execução penal**: esquematizado. São Paulo: Forense, 2014, p. 7.

13 AVENA, Norberto. **Execução penal**: esquematizado. São Paulo: Forense, 2014, p. 77.

14 MARCÃO, Renato. **Curso de execução penal**. 11. ed. rev. ampl. atual. São Paulo: Saraiva: 2013, p. 67.

15 COSTA, Álvaro Mayrink da. **Execução penal**. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2016, p. 59.

nos arts. 54 e 57 da LEP.

A tipificação das faltas leves e médias foi atribuída aos Estados, enquanto que a União é responsável pelas graves. Adianta-se que, aqui, não se discutirá a transferência indevida de competência legislativa, mas far-se-á somente o registro.

Todavia, apesar da expressa restrição legislativa, o Regimento Disciplinar Penitenciário do Estado do Rio Grande do Sul (RDP) também tipifica condutas como sendo faltas graves, em seu art. 11, bem como as respectivas sanções¹⁶. (In) felizmente, entretanto, o decreto local apenas reproduziu as condutas já constantes na LEP.

No caso gaúcho, 24 condutas são consideradas faltas disciplinares, podendo ser classificadas como leves, médias ou graves, de acordo com a previsão “legal” dos artigos 11 a 13 do Regimento Penitenciário, tratando, quase que integralmente, dos deveres dos presos especificados no art. 39 da LEP que, segundo sustentado acima, são inconstitucionais, pois sobrepenalizam o apenado além das finalidades da sanção penal.

Além disso, como aduzido, é recorrente o recurso à polissemia para que se justifique o reconhecimento de uma falta (grave), já que a analogia *in mallam partem* é vedada, em prejuízo aos direitos processuais e materiais penais do preso¹⁷.

O exame mais crítico e apurado das faltas, em espécie, será tema do trabalho nos próximos parágrafos, quando será melhor evidenciada a crise da legalidade.

3 DA DISCIPLINA CARCERÁRIA

A ideologia que norteia a disciplina penitenciária e, por consequência, o estabelecimento dos deveres dos presos e aplicação das sanções correspondentes é a sua ressocialização quando do cumprimento, especialmente, da pena privativa de liberdade. Porém, para que se possa efetivar o programa de reeducação social do sentenciado, é precisa haver um ambiente favorável para que isso ocorra no sistema carcerário, mediante o cumprimento das normas internas.

Desse modo, como preceitua JASON ALBERGARIA, “o regime discipli-

16 RIO GRANDE DO SUL. Decreto nº 46.534, de 04 de agosto de 2009. Aprova o Regimento Disciplinar Penitenciário do Estado do Rio Grande do Sul. Disponível em: http://www.susepe.rs.gov.br/upload/1321547695_Regimento%20Disciplinar%20Penitenc%C3%A1rio%20atualizado.pdf. Acesso em: 01 dez. 2019.

17 SCHMIDT, Andrei Zenkner. A crise de legalidade na execução penal. In: CARVALHO, Salo de (coord.). **Crítica à Execução Penal**. 2.ed. rev. ampl. atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 73.

nar tem por objetivo a manutenção da boa ordem e convivência na comunidade penitenciária, bem como de condições propícia à execução do programa de tratamento, como não se realizaria o tratamento reeducativo”¹⁸, especialmente em grande agrupamentos humanos, com severa restrição à liberdade em espaços diminutos e heterogeneidade social, como a prisão, sendo este entendimento compartilhado por ALEXIS COUTO DE BRITO¹⁹ e ÁLVARO MAYRINK DA COSTA, que aduz serem os estabelecimentos prisionais notórios lugares de “conflitos permanentes e tendências antissociais”²⁰.

Novamente, faz-se referência à necessidade de observância da garantia da legalidade na seara da execução penal, pois, para que a alcance a disciplina penitenciária almejada, é preciso que haja respeito, tanto dos presos, quanto da administração dos estabelecimentos prisionais, dos direitos e deveres mútuos, sendo claramente definido que é proibido e o que é permitido, eis que, até a edição da LEP, o arbítrio prisional era comum²¹, com a imposição de castigos e outras sanções sem quaisquer critérios, o que, por consequência, criava um espaço de constante tensão. Apesar da existência de um regramento penitenciário, ainda são comuns conflitos entre presos e entre presos e os agentes penitenciários, por motivos que superam a mera rebeldia.

Nesse sentido, a firme posição de ADEILDO NUNES: “essa disciplina deve ser exercida de conformidade com o ordenamento jurídico nacional, em respeito aos princípios da igualmente, dignidade da pessoa humana e da legalidade”²², bem como a de REGIS PRADO: “o condenado somente recebe sanções administrativas quando praticar as faltas disciplinares descritas na lei supra (artigos 49 a 52 da LEP) e nos ordenamentos estaduais”²³.

Para RENATO MARCÃO, os deveres do preso não implicam, somente, a sua ressocialização, mas também a sua adaptação às regras internas e próprias do sistema penitenciário²⁴, embora, para ele, seja evidente que as normas contidas na LEP tenham valor por si mesmas, sem a imperiosa submissão ao sistema jurídico

18 ALBERGARIA, Jason. **Comentários à lei de execução penal**. Rio de Janeiro: AIDE, 1987, p. 77.

19 BRITO, Alexis Couto de. **Execução penal**. 2. d. rev. ampl. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 157.

20 COSTA, Álvaro Mayrink da. **Execução penal**. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2016, p. 278.

21 NOGUEIRA, Paulo Lúcio. **Comentários à Lei de Execução Penal**. São Paulo: Saraiva, 1990, p. 51-52.

22 NUNES, Adeildo. **Da execução penal**. 3. ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 94.

23 PRADO, Luiz Régis *et alii*. **Direito de execução penal**. 4. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 57.

24 MARCÃO, Renato. **Curso de execução penal**. 11. ed. rev. ampl. atual. São Paulo: Saraiva: 2013, p. 63.

em seu todo²⁵.

SÍDIO MESQUITA JÚNIOR, por sua vez, defende a supremacia dos “interesses” coletivos sobre o particular, na forma dos deveres dos presos, rechaçando, completamente, a tutela dos direitos individuais dos apenados²⁶.

Oposição mais evidente ao referido modelo teórico é feita por SALO DE CARVALHO, que, indo além do exame constitucional da tensão entre direitos e deveres dos presos, aponta as suas raízes, e suas precariedades jurídicas²⁷.

Além das sanções correspondentes à falta disciplinar cometida, outro efeito é comum a todas as espécies de falta: a alteração da classificação da conduta carcerária no prontuário do preso, cujo resultado principal é sentido quando da progressão de regime. Destaca-se a importância do tema em razão de que a LEP não disciplina o que seja “bom comportamento carcerário”, mas sim, no caso estadual, o Regimento Penitenciário, cuja constitucionalidade ainda não foi enfrentada pelo Supremo Tribunal.

A tipologia das faltas graves prevista na Lei de Execução Penal incorre, de modo ainda mais perverso, nos mesmos problemas apresentados quando da exposição do princípio da legalidade, visto que suas consequências são ainda mais severas, se comparadas às faltas leves e médias: vagueza e polissemia. Para ALEXIS COUTO DE BRITO, esta elasticidade semântica atende a um objetivo de política criminal, pois a “supremacia do interesse público pressiona a legalidade e lhe confere certa maleabilidade”²⁸, pois a “urgência de certas medidas discricionárias não permitiria a estrita legalidade ou taxatividade das definições dos atos, e se somente a lei pudesse configurá-los, a atividade pública estaria comprometida”²⁹.

No mesmo sentido, ÁLVARO MAYRINK DA COSTA, ao aduzir que o Brasil encontra-se na contramão de muitas políticas públicas de desencarceramento e humanização da pena, porque ainda perdura o ideal de necessidade ao combate ao crime, à violência, à impunidade por meio da restrição de direitos, pois aos “inimigos” não valem os direitos humanos³⁰.

25 MARCÃO, Renato. **Curso de execução penal**. 11. ed. rev. ampl. atual. São Paulo: Saraiva: 2013, p. 63-64.

26 MESQUITA JÚNIOR, Sidio Rosa de. **Execução criminal - teoria e prática**: doutrina, jurisprudência, modelos. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 182.

27 CARVALHO, Salo de. **Pena e garantias**. 2. ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 179-181.

28 BRITO, Alexis Couto de. **Execução penal**. 2. d. rev. ampl. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 158.

29 BRITO, Alexis Couto de. **Execução penal**. 2. d. rev. ampl. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 158.

30 COSTA, Álvaro Mayrink da. **Execução penal**. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2016, p. 279.

Como afirmado anteriormente, o reconhecimento do cometimento de uma falta grave implica severas consequências ao apenado quando do seu cumprimento da pena, portanto, é necessário que tais faltas estejam previamente previstas no ordenamento jurídico, de modo a observar a garantia da legalidade e seus desdobramentos: anterioridade e da taxatividade, pois se tratam de princípios gerais a toda norma sancionadora³¹, posição a que ÁLVARO MAYRINK DA COSTA faz coro³².

As condutas classificadas como faltas graves estão previstas nos arts. 50 a 52 da Lei de Execução Penal e, de forma completamente inconstitucional, no art. 11 do Regimento Penitenciário do Estado do Rio Grande do Sul, cabendo à legislação estadual a tipificação das faltas de natureza média e leves, nos termos do art. 49, LEP.

Ao longo do cumprimento da sanção penal, ao preso são garantidos diversos direitos quando completados alguns requisitos, como o de saídas, progressão da pena, livramento condicional e outros. Contudo, todos esses direitos são restringidos quando do cometimento de uma falta grave. O mais substancial deles é a fixação de uma nova data-base para a contagem dos prazos para progressão de regime e demais direitos, pois o novo marco inicial é posterior ao dia do cometimento da falta.

Outras duas consequências são a regressão de regime e a perda dos dias remidos, oriundos de trabalho. O art. 118 preceitua que o condenado poderá regredir a qualquer um dos regimes mais gravosos do que aquele em que se encontra, podendo passar do aberto ao fechado, *per saltum*. O art. 127 prevê a perda de, até, 1/3 (um terço), devendo a decisão ser devidamente motivada pelo juiz, porém, usualmente é decidida pela perda total e automática dos dias, sem fundamentação idônea.

Além disso, a própria progressão fica comprometida, pois a avaliação de seu comportamento carcerário estará maculada com o histórico da falta grave cometida.

4 FALTAS GRAVES E TIPIIFICAÇÃO ADMINISTRATIVA: ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL E CRÍTICA DOUTRINÁRIA

31 BRITO, Alexis Couto de. **Execução penal**. 2. d. rev. ampl. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 158.

32 COSTA, Álvaro Mayrink da. **Execução penal**. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2016, p. 59.

Em recente julgado proferido pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul³³, foi julgado um agravo em execução defensivo interposto contra decisão que reconheceu a ocorrência de falta grave, tendo sido invocado o regimento disciplinar penitenciário estadual para justificar a tipicidade da conduta. Em razões recursais, a defesa pugnou pela inconstitucionalidade da norma administrativa, sustentando que faltas graves somente podem ser definidas por lei federal, neste caso, a LEP. O acórdão proferido, em suma, afastou a tese em comento, sustentando que “quanto à inconstitucionalidade do RDP, importante ressaltar que o Estado do Rio Grande do Sul é, sim, competente para legislar sobre questões de direito penitenciário, limitando-se a União apenas a estabelecer normas gerais sobre o assunto, conforme previsto no artigo 24, inciso I e parágrafo primeiro, da Constituição Federal”. Ou seja, não foi atacado o mérito da alegação relativa à falta grave em específico, porém, serviu a decisão para trazer lume à *quaestio*.

A existência de apenas um único julgado foi o suficiente para provocar a confecção do presente artigo, para fins de um estudo inicial da temática, ante a complexidade de temas envolvidos e, especialmente, a sua novidade na literatura, pois os argumentos empregados pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul para afastar a preliminar material suscitada pela defesa não é objeto de deliberação acadêmica, como se mostrará nas linhas abaixo, o que demonstra uma enorme lacuna a ser preenchida.

De forma breve, o Tribunal regional gaúcho alegou que o regimento disciplinar penitenciário seria constitucional, eis que os Estados possuem competência legislativa concorrente à União sobre matéria de direito penitenciário. Portanto, dois são os pontos a serem abordados inicialmente: a) limites da competência concorrente; b) o que se entende por direito penitenciário, nos termos do art. 24, I, CF/88?

Inicia-se o estudo pela tema da competência concorrente.

Desde logo, é preciso se fazer uma importante distinção entre competência legislativa comum *vs.* concorrente, já que, consoante visto, esse equívoco pôde ser constatado nos julgados acima encontrados. Nesse sentido, CELSO RIBEIRO BASTOS e IVES GANDRA MARTINS anotam que “os campos específicos de atuação na competência concorrente são diferentes da competência comum, em que as matérias em gênero são comuns e também são comuns os campos de

33 RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Agravo em execução nº. 70082207424. Terceira Câmara Criminal. Rel: Sérgio Miguel Achutti Blattes, j. 29 ago. 2019. Disponível em: <https://www.tjrs.jus.br>. Acesso em: 01 dez. 2019.

atuação”³⁴.

Prosseguem os autores lecionando que “na competência comum, nenhum ente federativo está hierarquicamente subordinado, em sua ação, à atuação do outro, enquanto na competência concorrente, a da União prevalece sobre a dos Estados e a dos Estados sobre a dos Municípios”³⁵, sentido ratificado por NELSON NERY COSTA³⁶.

UADI LAMMÊGO BULOS é objetivo ao afirmar que os Estados “podem complementar o rol de matérias do art. 24, I a XVI, da Constituição, de modo a adequá-las às suas particularidades regionais”³⁷. No mesmo sentido, DIRLEY DA CUNHA JÚNIOR³⁸, quando afirma que a competência concorrente pode ser *não cumulativa* ou *suplementar*, no qual compete aos Estados preencher as lacunas, na forma já mencionada, já que cabe à União as normas gerais. Sendo editada lei federal especial posterior, a lei estadual fica suspensa no ponto de divergência, eis que aquela se sobrepõe a esta, como afirmado. No entanto, em caso de extinção/revogação da lei federal, a estadual volta a vigorar³⁹.

Aqui, é importante frisar uma questão importante. Havendo omissão legislativa federal em uma das matérias elencadas no art. 24, os Estados possuíram competência concorrente plena, enquanto aguarda-se a respectiva regulamentação pela União⁴⁰. Portanto, antes de se verificar a necessidade de legislação complementar estadual supletiva, ou a constitucionalidade das leis estaduais, é preciso se verificar a (in)existência de regramento federal e os limites de seu regramento⁴¹. Assim, nas palavras de ALEXANDRE DE MORAES, serão de flagrante inconstitucionalidade as leis que extrapolarem as normas gerais editadas pela União, pois a competência estadual específica é igualmente regida pela Marga Carta, cabendo aos entes federados adaptar a legislação federal⁴², pois, segundo

34 BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. **Comentários à Constituição do Brasil (promulgada em 5 de outubro de 1988) - v.3, t.1:** arts. 18 a 23. São Paulo: Saraiva, 1992, p. 375.

35 BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. **Comentários à Constituição do Brasil (promulgada em 5 de outubro de 1988) - v.3, t.2:** arts. 24 a 26. São Paulo: Saraiva, 1993, p. 2.

36 COSTA, Nelson Nery. **Constituição Federal:** anotada e explicada. 5. ed. rev. atual. ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 136.

37 BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de direito constitucional.** 9. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 990.

38 CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de direito constitucional.** 11. ed. rev. ampl. atual. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 818.

39 CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de direito constitucional.** 11. ed. rev. ampl. atual. Salvador: JusPodivm, 2017, p.

40 MASSON, Nathalia. **Manual de direito constitucional.** 3. ed. rev. ampl. atual. Salvador: JusPodivm, 2015, p. 536.

41 MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. 12. ed. rev. atual. **Curso de direito constitucional.** São Paulo: Saraiva, 2017, p. 876.

42 MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional.** 9. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 689.

o autor, trata-se de uma opção do constituinte, orientando-se pela Constituição de Weimar, consistente em “permitir ao governo federal a fixação das normas gerais, sem descer a pormenores, cabendo aos Estados-membros a adequação às peculiaridades locais”⁴³.

Os limites da competência concorrente não parecem suscitar dúvidas na doutrina, eis que são bem claros os limites legislativos dos Estados, contudo, esse é um parâmetro inicial e bem genérico, já que é preciso se analisar, em um segundo momento, as matérias específicas suscetíveis de legislação concorrente. Neste caso, passa-se ao exame do que seria, ou o que compreenderia, o chamado *direito penitenciário*.

No que tange ao direito penitenciário (ou regime penitenciário), CELSO RIBEIRO BASTOS e IVES GANDRA MARTINS apenas pontuam, na ótica dos autores, que se trata de matéria derivada do direito penal, direito processual penal e que se relaciona com o direito administrativo⁴⁴, já tendo esta matéria disciplina semelhante nas Cartas Políticas de 1934 (art. 5º, XIX, “c”), 1946 (art. 5º, XV, “b”) e 1967 (art. 8º, XVII), conforme lembrete de FERNANDA DIAS MENEZES DE ALMEIDA. Contudo, não havia norma infralegal até o advento da LEP em 1984, estando a matéria regradada administrativamente apenas⁴⁵.

Outra tentativa de se definir o termo direito penitenciário foi feita por PINTO FERREIRA, ao sustentar que se trataria da matéria que disciplinaria a relação entre o Estado e o cidadão quando da execução de sua respectiva sanção penal, desde a sentença até o seu integral cumprimento da reprimenda, sendo o *jus executionis*⁴⁶, retomando a definição feita no III Congresso Internacional de Direito Penal de Palermo, em 1933.

O tratamento sumário a respeito de *direito penitenciário* pode ser ilustrado por NELSON NERY COSTA, ao preceituar que ele é “a especialização das execuções penais na área do direito processual penal”⁴⁷, sendo a Lei de Execuções Penais a fonte normativa principal, podendo os Estados legislar quando houver lacunas e seja o ponto de interesse local, mas sem afrontar a legislação federal.

43 MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 32. ed. São Paulo: Atlas, 2016, p. 333; NOVELINO, Marcelo. **Curso de direito constitucional**. 10. ed. rev. ampl. atual. Salvador: JusPodivm, 2015, p. 605.

44 BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. **Comentários à Constituição do Brasil (promulgada em 5 de outubro de 1988) - v.3, t.2**: arts. 24 a 26. São Paulo: Saraiva, 1993, p. 8.

45 ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes de. Comentário ao artigo 24. In: CANOTILHO, J.J. Gomes *et alii* (coord.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almeida, 2013, p. 751-751.

46 PINTO FERREIRA. **Comentários à Constituição brasileira - v.2**: arts. 22 a 53. São Paulo: Saraiva, 1990, p. 99.

47 COSTA, Nelson Nery. **Constituição Federal**: anotada e explicada. 5. ed. rev. atual. ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 138.

Semelhante é a conceituação de JOSÉ AFONSO DA SILVA: “Direito penitenciário” é a disciplina jurídica a execução penal em estabelecimentos prisionais, ditos “penitenciárias”⁴⁸.

Por isso, a problemática gira em torno do que podem ser considerada normas genéricas, obstaculizando o poder legislativo concorrente dos Estados. Assim, consoante a lição de INGO SARLET: normas gerais seriam aquelas que apresentariam apenas os principais contornos da matéria, de forma mais abstrata possível, sem esgotar os temas, podendo ser aplicáveis em todo o território nacional e permitindo a sua regulação individualizadas pelos Estados e suas características locais”⁴⁹.

O tema em análise – execução penal –, ainda é recente na literatura pátria, pois, embora a Lei de Execução Penal (Lei nº.7.210 - LEP) tenha sido editada em 1984, há muito tempo outros ordenamentos jurídicos já contavam com leis especiais sobre direito penitenciário⁵⁰, o que impossibilitou a existência de literatura mais profunda, cenário que se agravou com a promulgação, anos depois, da Constituição Federal em 1988, pois, consoante JASON ALBERGARIA, na época da edição da LEP, era forte a resistência de parte da comunidade jurídica em dar concretude aos acordos internacionais, e outros diplomas, que buscavam garantir à pessoa presa o respeito aos seus direitos humanos e fundamentais⁵¹, pois, como bem anota ÁLVARO MAYRINK DA COSTA, o preso também é uma pessoa titular de direito que devam ser respeitados pelo Estado, e não apenas um objeto de deveres⁵².

No entender de NORBERTO AVENA, o art. 49, LEP, ao prever que que as faltas leves e médias possam ser tipificadas por legislação estadual vai ao encontro do disposto no art. 24, I, CF/88, eis que se trata de competência concorrente em matéria de direito penitenciário, como já exposto. Contudo, apenas uma lei ordinária federal, ou de hierarquia superior, poderia tipificar faltas de natureza grave⁵³.

No entanto, NORBERTO AVENA alerta sobre a problemática envolvendo o art. 45, *caput*, *in fine*, LEP: “Art. 45. Não haverá falta nem sanção disciplinar

48 SILVA, José Afonso da. **Comentário contextual à Constituição**. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 281.

49 SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIEITO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. 5. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 870

50 ALBERGARIA, Jason. **Comentários à lei de execução penal**. Rio de Janeiro: AIDE, 1987, p. 5.

51 ALBERGARIA, Jason. **Comentários à lei de execução penal**. Rio de Janeiro: AIDE, 1987, p. 6.

52 COSTA, Álvaro Mayrink da. **Execução penal**. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2016, p. 277.

53 AVENA, Norberto. **Execução penal**: esquematizado. São Paulo: Forense, 2014, p. 77.

sem expressa e anterior previsão legal **ou regulamentar**” (grifo nosso). Para o autor, trata-se de medida inconstitucional, eis que se trata de matéria privativa da LEP, não podendo uma norma ordinária, oriunda do diretor do estabelecimento prisional, *v.g.*, estabelecer faltas graves, ante suas consequências no restante do cumprimento da pena, como já sustentado. Logo, a competência ordinária compreenderia, tão somente, regras internas e administrativas e que não tivessem relação com a tipificação das faltas, fossem leves ou médias⁵⁴.

ALEXIS COUTO DE BRITO é firme nesse sentido, afirmando que “jamais poderá ser legítima outra sanção que não a prevista no texto legal, como por exemplo, aumentar períodos para a contagem ou reinício de tempo para a concessão de progressão de regime ou livramento condicional”⁵⁵, já que as faltas de natureza leve ou média não possuem o condão de alterar os direitos em tela, mas somente as graves. Ademais, como anota o autor, não existe a obrigatoriedade de comunicação ao juízo da execução quando da ocorrência de faltas leves e médias, ao contrário do que ocorre com as graves⁵⁶, nas quais existe todo um procedimento administrativo e judicial para a sua constatação, observando-se garantias como o contraditório e ampla defesa, por exemplo⁵⁷.

No mesmo sentido, LUIZ REGIS PRADO, ao defender que “só poderá haver responsabilização pro ações que a Lei federal considere como faltas graves e que a Lei estadual considere como faltas leves e médias”⁵⁸, reforçando a ideia de que as faltas graves não podem ser tipificadas por regramentos administrativos estaduais.

Desse modo, diante de tudo o que fora exposto, ainda que em caráter introdutório, percebe-se a confusão operada pelo Tribunal de Justiça no caso acima pontado, pois, com relação à questão muito específica das faltas graves previstas no regimento penitenciário estadual, qualquer tipificação que inove em relação à LEP é flagrantemente constitucional, tendo em vista a reserva privativa da matéria, não podendo sequer se invocar a competência concorrente, pois já existe lei geral, embora, à luz do entendimento da Corte, seria possível se ampliar as hipóteses, apesar de ser necessário se destacar a insuficiência de fundamentação contida no acórdão que deu azo a esta pesquisa.

54 AVENA, Norberto. **Execução penal**: esquematizado. São Paulo: Forense, 2014, p. 77.

55 BRITO, Alexis Couto de. **Execução penal**. 2. d. rev. ampl. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 160.

56 BRITO, Alexis Couto de. **Execução penal**. 2. d. rev. ampl. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 160.

57 COSTA, Álvaro Mayrink da. **Execução penal**. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2016, p. 296-297.

58 PRADO, Luiz Régis *et alii*. **Direito de execução penal**. 4. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 151.

Situação diversa diz respeito às lacunas existentes na legislação que disciplina a execução penal no tocante à prescrição para apuração e responsabilização das faltas disciplinares. Novamente, o Tribunal de Justiça gaúcho⁵⁹ faz menção à competência concorrente, ante a lacuna legislativa federal, o que é plenamente válido diante do que fora aduzido, enquanto se aguarda um posicionamento do Congresso Nacional.

Destaca-se que o RDP é uma norma oriunda do Poder Executivo - Decreto nº 46.534/2009 -, cuja legitimidade provém do art. 82, V e VII da Constituição Estadual do Rio Grande do Sul⁶⁰, ou seja, não se trata de uma lei estadual, fruto da Assembleia Legislativa local, mas sim do exercício de um poder executivo, o que poderia ensejar novos questionamentos a respeito de sua (in)constitucionalidade perante a atribuição das matérias de competência legislativa concorrente previstas pela Lei Maior.

5 CONCLUSÃO

É preciso se reconhecer a cristalina insuficiência da doutrina brasileira com relação à temática da execução penal e todos os seus vieses.

O objeto desta trabalho era a análise da (in)constitucionalidade da tipificação de faltas de natureza grave por meio de normas administrativas estaduais, cujo motivo deste estudo se deu em virtude de um caso prático e da respectiva decisão proferida pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul ao ser provocado a enfrentar a questão, ao argumento de que haveria violação à garantia da legalidade estabelecida constitucionalmente.

A doutrina pátria relativa à execução penal é precária, com poucos estudos específicos, sendo igualmente rasos os trabalhos encontrados, isto é, os temas atinentes à pena e sua execução apresentam posições e entendimentos pouco verticais sobre todas as problemáticas envolvidas, dentre elas, a disciplina penitenciária. O próprio termo direito penitenciário, contido no art. 24, I, CF/88 é superficialmente trabalhado pela doutrina de direito constitucional, isto é, não se sabe exatamente e/ou os limites e conceituação desse competência legislativa concorrente entre União e Estados. Ademais, em termos gerais, faltam estudos

59 RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Agravo em execução nº. 70069634004. Sexta Câmara Criminal, Rel: Aymoré Roque Pottes de Mello, j. 01 set. 2016. Disponível em: <https://www.tjrs.jus.br>. Acesso em: 01 dez. 2019.

60 RIO GRANDE DO SUL. Constituição (1989). Constituição do Estado do Rio Grande do Sul. Disponível em: <http://www2.al.rs.gov.br/dal/LinkClick.aspx?fileticket=WQdIfqNoXO4%3d&tabid=3683&mid=5359>. Acesso em: 01 dez. 2019.

mais profundos sobre toda normatividade envolvida, especialmente seus aspectos constitucionais para além do regramento infralegal, como se sucede hoje.

Dentre esses aspectos constitucionais, um deles diz respeito aos limites de observância da garantia da legalidade que, ainda timidamente, tem sido reconhecido como aplicável à disciplina carcerária. Ou seja, cabe à Lei de Execução Penal estabelecer o que é proibido e o que é permitido durante o cumprimento da pena, especialmente a previsão das faltas graves. Contudo, apesar da previsão legal, as normas estaduais também preveem faltas graves, o que pode ser considerado inconstitucional, pois extrapola os limites da competência concorrente e suplementar, pois a disciplina carcerária já é regada por lei federal, ao contrário de outras temas relativos à execução, como a prescrição para apuração dessas faltas disciplinares, como igualmente tem sido reconhecido pela Corte Estadual.

No entanto, tamanha é a falta de maior atenção normativo a respeito da execução que, na maior parte dos entes federados, não existem leis estaduais de natureza penitenciária, mas sim regramentos administrativos, como decretos e regimentos penitenciários, o que também poderia ser fruto de um novo trabalho de modo a pôr em análise a (in)constitucionalidade dessas normas.

REFERÊNCIAS

- ALBERGARIA, Jason. **Comentários à lei de execução penal**. Rio de Janeiro: AIDE, 1987.
- ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes de. Comentário ao artigo 24. In: CANOTILHO, J.J. Gomes *et alii* (coord.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almeida, 2013, p. 751-751.
- AVENA, Norberto. **Execução penal**: esquematizado. São Paulo: Forense, 2014.
- BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. **Comentários à Constituição do Brasil (promulgada em 5 de outubro de 1988) - v.3, t.1**: arts. 28 a 23. São Paulo: Saraiva, 1992.
- BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. **Comentários à Constituição do Brasil (promulgada em 5 de outubro de 1988) - v.3, t.2**: arts. 24 a 26. São Paulo: Saraiva, 1993.
- BRITO, Alexis Couto de. **Execução penal**. 2. d. rev. ampl. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
- BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de direito constitucional**. 9. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2015.
- CARVALHO, Salo de. **Pena e garantias**. 2. ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.
- CASTILHO, Ela Wiecko V. de. **Controle da legalidade na execução penal**: reflexões em torno da jurisdicionalização. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988, p. 27.
- COSTA, Álvaro Mayrink da. **Execução penal**. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2016.
- COSTA, Nelson Nery. **Constituição Federal**: anotada e explicada. 5. ed. rev. atual. ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2012.
- CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de direito constitucional**. 11. ed. rev. ampl. atual. Salvador: JusPodivm, 2017.
- LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

- MARCÃO, Renato. **Curso de execução penal**. 11. ed. rev. ampl. atual. São Paulo: Saraiva, 2013.
- MASSON, Nathalia. **Manual de direito constitucional**. 3. ed. rev. ampl. atual. Salvador: JusPodivm, 2015.
- MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. 12. ed. rev. atual. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2017.
- MESQUITA JÚNIOR, Sidio Rosa de. **Execução criminal - teoria e prática**: doutrina, jurisprudência, modelos. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2010.
- MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2013.
- MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 32. ed. São Paulo: Atlas, 2016.
- NOGUEIRA, Paulo Lúcio. **Comentários à Lei de Execução Penal**. São Paulo: Saraiva, 1990.
- NOVELINO, Marcelo. **Curso de direito constitucional**. 10. ed. rev. ampl, atual. Salvador: JusPodivm, 2015.
- NUNES, Adeildo. **Da execução penal**. 3. ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Forense, 2013.
- PINTO FERREIRA. **Comentários à Constituição brasileira – v.2**: arts. 22 a 53. São Paulo: Saraiva, 1990.
- PRADO, Luiz Régis *et alii*. **Direito de execução penal**. 4. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.
- RIO GRANDE DO SUL. Constituição (1989). Constituição do Estado do Rio Grande do Sul. Disponível em:
<http://www2.al.rs.gov.br/dal/LinkClick.aspx?fileticket=WQdIfqNoXO4%3d&tabid=3683&mid=5359>. Acesso em: 01 dez. 2019.
- RIO GRANDE DO SUL. Decreto nº 46.534, de 04 de agosto de 2009. Aprova o Regimento Disciplinar Penitenciário do Estado do Rio Grande do Sul. Disponível em:
http://www.susepe.rs.gov.br/upload/1321547695_Regimento%20Disciplinar%20Penitenci%C3%A1rio%20atualizado.pdf. Acesso em: 01 dez. 2019.
- RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Agravo em execução nº. 70069634004. Sexta Câmara Criminal, Rel: Aymoré Roque Pottes de Mello, j. 01 set. 2016. Disponível em: <https://www.tjrs.jus.br>. Acesso em: 01 dez. 2019.
- RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Agravo em execução nº. 70082207424. Terceira Câmara Criminal. Rel: Sérgio Miguel Achutti Blattes, j. 29 ago. 2019. Disponível em: <https://www.tjrs.jus.br>. Acesso em: 01 dez. 2019.
- SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIETO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. 5. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2016.
- SCHMIDT, Andrei Zenkner. A crise de legalidade na execução penal. In: CARVALHO, Salo de (coord.). **Crítica à Execução Penal**. 2.ed. rev. ampl. atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, pp. 29-76.
- SILVA, José Afonso da. **Comentário contextual à Constituição**. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.
- SILVA, Odir Odilino Pinto da; BOSCHI, José Antônio Paganella. **Comentários à Lei de Execução Penal**. Rio de Janeiro: AIDE, 1986.

A CONFISSÃO EXTRAJUDICIAL E O SISTEMA ACUSATÓRIO BRASILEIRO: UM ESTUDO DOS PROCESSOS DE TRÁFICO DE DROGAS NA COMARCA DE CRICIÚMA – SANTA CATARINA

Alex da Rosa¹

Jéssica Domiciano Jeremias²

Resumo: A Constituição de 1988 impôs a leitura do Código de Processo Penal pelo prisma do sistema acusatório, a fim de deletar os marcos inquisitivos. O artigo 155 do Código dispõe que o juiz formará sua convicção pela apreciação da prova produzida em juízo, não podendo fundamentar a decisão apenas no inquérito. Assim, objetiva-se estudar a confissão extrajudicial dos réus de tráfico de drogas na Comarca de Criciúma em 2018, estudando a possibilidade do enfraquecimento do sistema acusatório por meio do uso de confissões indiciárias para embasar condenações, bem como a hipótese do contraditório representar somente um mecanismo de legitimação da condenação. O marco teórico será a Criminologia Crítica em intersecção com o Direito Penal e Processual Penal a partir de Zaffaroni, com as contribuições de Foucault acerca do tema. Utilizar-se-á o método dedutivo, em pesquisa teórica e qualitativa, com análise dos autos que tramitaram na 2ª Vara Criminal na Comarca de Criciúma no ano de 2018.

Palavras-chave: contraditório; confissão; condenação criminal; tráfico de drogas.

1 Graduando em Direito pela Universidade do Extremo Sul Catarinense (UNESC), pesquisador do Grupo de Estudos Avançados em Economia Política da Pena, do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCRIM) em parceria com o Grupo Andradiano de Criminologia Crítica da Universidade do Extremo Sul Catarinense (UNESC).

2 Advogada inscrita na OAB/SC, graduada em Direito pela Universidade do Extremo Sul Catarinense (UNESC), pesquisadora do Grupo de Estudos Avançados em Economia Política da Pena, do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCRIM) em parceria com o Grupo Andradiano de Criminologia Crítica da Universidade do Extremo Sul Catarinense (UNESC).

Abstract: The 1988 Constitution imposes the interpretation of the Code of Criminal Procedure through the prism of the accusatory system, as a way of exclusion of inquisitive marks of the penal process. The article 155 of the Code claims that the judge will form his conviction by verifying the process evidence, and cannot justify a decision in inquisitive elements. The objective here is to study the extrajudicial confession of drug trafficking defendants in Criciúma in 2018, studying the possibility of weakening the accusatory system by using indicative confessions as basis for convictions, as well as the hypothesis of the contradictory represent only a mechanism of legitimizing the convictions. The theoretical framework will be the Critical Criminology at the intersection with Criminal Law and Criminal Procedure from Zaffaroni, with Foucault's contributions on the subject. Use the deductive method, in theoretical and qualitative research, with analysis of the penal cases that were processed in the 2nd Criminal Court in Criciúma in 2018.

Keywords: contradictory; confession; criminal conviction; drug trafficking.

1. INTRODUÇÃO

Distante de constituir figura de linguagem, ou expressão retórica de fim performático, as palavras de Zaffaroni que reincidentemente destaca: *“a idade média não acabou”* (ZAFFARONI, 2013, p. 42) são na verdade análise precisa do contemporâneo e de sua relação de continuidade com o período medieval.

Dentre algumas descontinuidades, afirmar que a idade média não acabou não significa apenas afirmar algum conservadorismo residual, mas especificamente, observar a constituição histórica de algumas práticas modernas, verificar suas articulações e configurações que se adaptam a linguagens atuais.

A isto, a presente pesquisa visa explorar as aproximações entre as duas épocas, num duplo: (1) a prática penal-processual atual não como acusatória, mas inquisitória; e a (2) confissão como técnica de poder constitutiva da subjetividade do sujeito (estudadas no primeiro e segundo capítulo, respectivamente), remontando ambas a seu devir histórico e verificando a continuidade dos elementos.

Genealogia da confissão como técnica de subjetivação (Foucault) e inquisição como prática institucional atual (Zaffaroni), ambas oriundas de uma matriz

religiosa-estatal, são solo sob o qual situam-se os autos que tramitaram na 2º Vara Criminal na Comarca de Criciúma durante o ano de 2018.

A espessura do real em camadas, os *estratos*, demonstraram pela pesquisa certas “irregularidades” nos casos: condenações aportadas exclusivamente em dados dos inquéritos, confissões tomadas em circunstâncias flagrantemente discordantes a lei, e sobretudo, a impossibilidade do perdão, da absolvição, simetricamente a certeza da condenação desde o momento da confissão, tornando irrelevante o restante do processo.

2. DIREITO PENAL E PROCESSO INQUISITÓRIO

Disputando a primeira colocação, Antíloco e Menelau contornavam a volta final do circuito quando, após irregularidade, finalmente Antíloco surpreende e conquista a primeira colocação. Imediatamente questiona o rival acerca da irregularidade e exige reparação, veja bem, justiça, se assim se quiser, apelando àquele que deveria reestabelecer a verdade.

Havia na ocasião uma pessoa não nominada posicionada junto ao marco final, também de caracterização imprecisa, mas que de qualquer modo se encontrava na possível função de testemunha. Menelau, absolutamente ignorando a testemunha, imediatamente contesta diretamente o rival, que também de pronto responde “eu não cometi irregularidade”. Por fim a tréplica: “põe a mão direita na testa de teu cavalo; segura com a mão esquerda o teu chicote e jura por Zeus que não cometeste irregularidade”. Por fim, desistência, Menelau consagra-se vencedor.

A partir dessa história contada por Homero, Michel Foucault busca tomar na Grécia um primeiro modelo de justiça, ou melhor, uma maneira de produzir uma verdade jurídica, (a) um jogo, conflito, uma prova, um desafio lançado por um competidor ao outro, uma disputa, sob pena da punição divina como raio de verdade. Eis a primeira prática de produção de verdade judicializada, comum a Grécia Antiga e também na Alta Idade Média. (FOUCAULT, 2014, p. 159).

Do mesmo modo, quando Zaffaroni traça uma história da verticalização do poder punitivo, no período anterior ao *Digesto*, estabelece também o duelo como forma de obter a verdade jurídica. Invoca-se Deus para o julgamento - o “juiz” aqui é quase como mediador da verdade estabelecida por deus-: joga-se a bruxa com os pés atados a pesos no fundo do mar, caso sobreviva, prova-se que era bruxa e o pacto com satã a fez sobreviver; caso morresse, era prova também de

que era bruxa e foi castigada por Deus. (ZAFFARONI, 2013, p.27)

Em seguida, avançando não apenas cronologicamente, mas estabelecendo um segundo método de produção de verdade judicializada, a famigerada tragédia de Sófocles, *Édipo-Rei*, serve a Foucault como exemplo do estabelecimento do (b) inquérito como procedimento investigativo judicial, uma história de poder.³

A saber, na história, Édipo é filho abandonado, que Jocasta e Laio pensaram estar morto, e que, foi adotado pelo Rei de Coríntio. O jovem Édipo, buscando desvendar seu mistério, sabe duma profecia oriunda do oráculo de Delfos que o condena tornar-se um parricida, e buscando justamente fugir dela, vagando por Tebas, acaba envolvendo-se numa confusão com um forasteiro e o mata. Posteriormente, ao final da tragédia, descobre Édipo que o tal forasteiro era o Rei Laio, por sinal, também seu pai.

O que interessa nesta tragédia é o procedimento utilizado para buscar a verdade, como Foucault denomina, um sistema de metades. O que sabiam os reis (pais), o que sabiam os serviçais, são lados da verdade que vão se complementando a fim de compor o inteiro da verdade⁴, que é por fim trazida a tona por um ninguém, por uma testemunha, um escravo, que serve de testemunha, diz ter recebido Édipo dos braços de Jocasta, quando recém-nascido, enfim, a grande ausência da testemunho no conto de Homero agora resplandece no estabelecimento da verdade grego: investigação e testemunha.

Comparando os dois sistemas, Foucault:

Esse sistema de práticas judiciárias (primeiro elencado) desaparece no fim do século XII e durante o século XIII. Durante toda a segunda metade da Idade Média, vai-se assistir à transformação dessas antigas práticas e à invenção de novas formas de justiça, de novas formas de prática e de procedimentos judiciários. (...) O que foi inventado nessa reelaboração do direito é algo que não concerne tanto aos conteúdos quanto às formas e às condições de possibilidade do saber. O que se inventou no direito dessa época é uma maneira determinada de saber, cujo des-

3 A interpretação da tragédia se dá para Foucault sob um prisma diverso da psicanálise. Seguindo a recente linha proposta por “Anti-Édipo”, de Deleuze e Guattari, o autor expõe: “O título da tragédia de Sófocles é interessante. Édipo é o Édipo Rei. É difícil traduzir a palavra. A tradução não dá conta do significado exato da palavra. Édipo é o homem do poder, o homem que exerce certo poder. É característico que o título da peça de Sófocles não seja Édipo, o incestuoso, nem Édipo, o assassino de seu pai, mas Édipo Rei. (Foucault, 2014, p.157.)

4 Sobre isso conferir procedimento Grego da verdade em metades protagonizado pelos mensageiros: quebrava-se um vaso, ou objeto de cerâmica, que o portador da mensagem carregava junto a si para atestar a verdade. Não tratava-se de um selo, ou insígnia, mas objeto que somente reunido de sua outra metade (a fração originária) virá a ser completo. (FOUCAULT, 2014, p.154)

tino vai ser capital no mundo ocidental. Essa modalidade de saber é o inquérito, que apareceu pela primeira vez na Grécia e que ficou dissimulada depois da queda do império Romano, durante vários séculos. O inquérito que ressurgiu nos séculos XII e XIII, é, entretanto, um tipo bastante diferente daquela cujo exemplo vimos em Édipo. (FOUCAULT, 2014, p. 172)

O que se passa, entre os dois modelos da verdade por formas jurídicas, é, ao fundo, o desenrolar entra o modelo de direito Germânico e direito Romano, a grosso modo, o primeiro caracterizado pela pelo por uma espécie de regulação da vingança privada, como se queira, em geral as linhas traçadas pelo sistema de prova-disputa, enquanto o segundo funciona a partir duma modulação do inquérito grego, para no fim desdobrar-se num sistema inquisitorial novo, diferente do grego e do romano. (FOUCAULT, 2014, p. 174).

Esse “terceiro modelo”, será retomado posteriormente, ao unir-se as linhas subsequentes que tração Foucault e Zaffaroni a partir do Inquérito. Todavia, para isto, observa-se: o texto utilizado até agora de Foucault, “A verdade e as formas jurídicas”, foi ministrado em 1974 e insere-se num ciclo que contém as obras “Sociedade Punitiva”(1973) e também “Vigiar e Punir” (1975); desemboca na famigerada sociedade disciplinar, numa relação do Inquérito (procedimento religioso – como se verá a seguir – com o Exame, técnica disciplinar, linha que pode perfeitamente ser alinhada às construções da Criminologia Crítica acerca do inimigo e do delinquente/anormal, aqui usando-se de terminologias Foucaultianas e de Zaffaroni, respectivamente.

Todavia, a interpretação deste estudo se guia por outra linha dentro do próprio autor francês. Em 1981, ministrou curso denominado “Malfazer, dizer-verdadeiro”, dirigido a juristas e criminólogos da Bélgica. Este curso, junto ao “Governo dos Vivos” (1981) e “Coragem da Verdade” (1984), permitem outra abordagem sobre o inquérito, ligando-o a confissão, a verdade, e ao sistema punitivo populista contemporâneo.

Retomando a perspectiva criminológica, Zaffaroni reconhece o modelo de inquérito também imbricado numa relação estatal⁵, mas estabelece o foco daquele funcionando principalmente como estrutura, como programa, como discurso

5 Vide: “Segundo Foucault, todo saber adotou o método do interrogatório violento. Parece haver algo disso se compararmos a inquisição com a vivisseccção, mas voltemos ao nosso. A Inquisição Romana exercia o poder de julgar em toda Europa porque não havia Estados nacionais e os senhores feudais não podiam impedi-lo, embora isso já lhes incomodasse. Na Espanha, onde a sociedade já tinha forma de exército, o poder da inquisição não foi papal e, diferentemente do resto de Europa, encontrava-se a serviço do rei. Por isso, a inquisição Espanhola tem uma história separada da Romana”. (ZAFFARONI, 2013, p. 27)

de conteúdo sempre substituível à revelia das necessidades de criação de um novo inimigo, este seria para Zaffaroni (aqui batizamos) o (I) método inquisitorial demonológico: invenção de um inimigo, paranoia coletiva, centralização do poder de punir no estado e verticalização dessa relação de poder/punição.

Longe de constituir anedota, a emergência de um perigo a ser eliminado é forma de instaurar dentro do próprio corpo social uma preocupação, um perigo entre si (retomado ao mesmo tempo por um perigo do mal habitar em mim) de alguém estar portando a entidade maléfica, o diabo. Habitando em mim ou em algum membro da aldeia, o demônio é mal que permite a Igreja (e também delimita apenas a ela) o poder de expurgá-lo. É confisco do conflito e verticalização do poder punitivo. (ZAFFARONI, 2013)

A inquisição é caminho e forma para expansão do poder punitivo. Mas porque a demonologia? A demonologia é substrato do método inquisitorial: Todavia, quando o Papa se valeu do invento agostiniano para perseguir tudo o que não se submetia a seu poder e consagrou a inquisição à luta contra Satã, como este não aparecia em lugar nenhum, teve de se agarrar a ela com alguns humanos, e já que não lhe restavam hereges. Por conseguinte, empreendeu-a contra metade da espécie humana, contra as mulheres⁶. (ZAFFARONI, 2013, p. 28)

A feitiçaria e a possessão, sinteticamente, funcionaram e funcionam como estratégias de expansão e verticalização do poder punitivo, respectivamente (inimigo externo e inimigo interno). Verifica-se a função da feitiçaria (teoria do pacto demoníaco) durante a inquisição como algo praticado sempre na borda, na periferia, fora do corpo social, nas sociedades distantes com culturas diversas, alheias, o que enseja absolutamente a sua colonização; enquanto a possessão é fenômeno interno, o possuído vive na cidade e tem um seu corpo tomado (leia-se, não pactuado, geralmente) por um demônio em vista da falta de pureza do indivíduo, ou pela razão que o estado bem entender tomá-lo como inimigo. (FOUCUALT, 2010, p. 178)

Nesse sentido, “O martelo das feitiçarias” (1494) foi o primeiro livro de criminologia produzido, conhecido também como guia oficial para os queimadores de mulheres. Como identificar, como proceder, quais as características das bruxas, qual seu *status*; de outro lado, a infalibilidade dos inquisidores, a imunidade dos inquisidores perante o mal, são aspectos, ou melhor, são estruturas discursivas que fomentam a prática real e efetiva que permite dizer, como o faz

6 Ver também profícua abordagem ao fenômeno da bruxaria por um viés materialista-histórico, proposto por Sivia Federici em “O Calibã e a Bruxa” (2017).

Zaffaroni, que “a Idade Média” não acabou. (ZAFFARONI, 2014)

Até aqui, tratou-se de direito penal e processo inquisitório. Poderia objetar-se – e com razão – a respeito de tal reflexão, aproximação, entre o direito penal medieval e o contemporâneo, a problemática envolvendo uma Teoria de Estado Moderna como radicalmente diferente da Medieval, o que em tese inviabilizaria todo esta investigação.

Sobre tal ponto, são densas as discussões e exigem espaço que absolutamente não possui tal estudo, além de fugir de seu escopo: trata-se das hipóteses da Teologia Política (Carl Schmitt) e da Teologia Econômica (Giorgio Agamben), levando em conta também o Poder Pastoral (Foucault). Com efeito, as duas primeiras mencionadas traçam complexa discussão teológico jurídica acerca da derivação do conceito moderno de soberania de uma matriz religiosa, enquanto a última propõe um jogo de técnicas e práticas religiosas incorporadas ao mundo secular.

Respondendo a objeção, não é necessário adentrar na discussão sobre a Teologia Política. Assumindo como base à crítica da moderna doutrina penal o estado democrático de direito, as garantias processuais, Zaffaroni encerra a questão: como poderia um estado democrático assimilar a figura de um inimigo? Impossível, o inimigo só pode existir dentro de um Estado Absoluto. A rigor, juridicamente, a tradição do inimigo remonta não ao *inimicus*, inimigo pessoal, mas sim à *hostis*, o outro, o estrangeiro, o inimigo público declarado, aquele que estava fora da comunidade.⁷ (ZAFFARONI, 2007, p. 30ss)

O inquisidor de hoje, o juiz, sabe perfeitamente a posição que ocupa. Sabe que o estado democrático de direito não pode comportar a figura do inimigo, tal contradição implode o sistema que necessita de uma demonização e verticalização ainda mais intensa para manter-se em pé.

O Grande Inquisidor de Dostoievski⁸ é não outra coisa senão um juiz absolutamente cínico⁹, ciente da sua posição de dominação sobre os ingênuos,

7 Aprofundando-se no conceito de *hostis* e desenvolvendo uma teoria do estado de exceção, a interpretação de Giorgio Agamben sobre o *Homo Sacer* – figura sacrificável num estado de Exceção, *auxilia* na compreensão do inimigo a um estado absoluto. Em ambos os casos, o estado de direito inexistente. *Homo Sacer* e o Poder Soberano. UFMG, 2007.

8 Neste último romance dos irmãos Karamazov, passa-se a volta de Jesus reencarnado que é imediatamente preso pelo bispo após este o reconhece-lo.

9 Diferencia-se o *Kynikos* grego, os cães da filosofia, tal qual Diógenes, do *Cínico* moderno que Peter Sloterdijk diferencia e conceitua.

ciente de que não a religião no seu papel espiritual irá prender Jesus, mas sim a religião enquanto Igreja, enquanto estado, como instituição é que fará o que tem de ser feito para preservar o *status quo*. (SLOTERDIJK, 2012, p. 260)

É juiz consciente de sua função inquisitorial (prática punitiva) por meio de inquéritos (procedimento jurídico de verdade a ensejar a prática punitiva) meramente formais, protocolares, ausentes de qualquer *alethos*, servindo não como investigação ao real, mas construção de um discurso verdadeiro¹⁰. Aqui, já não se sabe mas discernir entre o Grande Inquisidor e o Juiz Sérgio Moro:

Nessa perspectiva, o grande Inquisidor se torna uma figura típica da época. Seu ensinamento é dominado por dois motivos opostos que ao mesmo tempo se chocam e condicionam reciprocamente. Enquanto realista (positivista), ele deixou para trás o dualismo do bem e do mal; enquanto homem da utopia, adere a ele obstinadamente. Um lado é amoralista, o outro, hipermoralista. De um lado, ele é cínico, de outro, sonhador; aqui, liberto de todo escrúpulo; ali, atado a ideia do bem último. Na prática, ele não recua diante de nenhuma atrocidade, de nenhuma infâmia, de nenhuma trapaça; na teoria, é guiado pelos mais elevados ideais. (SLOTERDIJK, 2012, p. 264)

A teoria moderna do direito penal assume o direito acusatório como regra aos países democráticos, situando num passado distante um modelo inquisitorial absoluto. Não obstante tal construção tratar-se de ficção, a realidade Brasileira e de diversos outros países é verificação da continuidade do direito penal inquisitorial/inquérito. Já nas divulgações dos grampos eletrônicos em 2016 entre Lula e Dilma¹¹ verificava-se que função inquisitorial do inquérito, dum juiz que há tempos abandonou qualquer pretensão de imparcialidade e dum sistema democrático de direito.

3. UM ESTUDO DA CONFISSÃO EXTRAJUDICIAL NOS PROCESSOS DE TRÁFICO DE DROGAS NA COMARCA DE CRICIÚMA – SANTA CATARINA

A presente pesquisa foi realizada junto à 2ª Vara Criminal da Comarca de Criciúma, do poder judiciário do estado de Santa Catarina. Solicitou-se ao refe-

10 “Por que, ademais do real, há o verdadeiro?” (FOUCAULT, 2016, p. 212). Observa-se que o discurso de presunção totalizante, o discurso enquanto verdade, tem precisamente a função de afastar o discurso *daquilo que é real*. O real, por si só, não possui nenhuma relação com o discurso do verdadeiro, este último é, muito pelo contrário, toda uma intenção discursiva revestindo-se de verdade que busca incidir sobre o real, escamoteando-o, substituindo sua imagem.

11 Conferir detalhadamente em VECHI, Fernando. “Política, Judiciário e Mídia: a divulgação das interceptações eletrônicas entre Luiz Inácio Lula da Silva e Dilma Rousseff”, 2018, Dissertação, Porto Alegre.

rido juízo a disponibilização da lista dos processos que trataram da apuração do delito de tráfico de drogas sentenciados no período de julho de 2018 a julho de 2019, sem sigilo de justiça. Com isso, buscava-se realizar um estudo das mais recentes decisões prolatadas pelo juízo sob a ótica do marco teórico já explanado.

Antes de adentrar à pesquisa dos processos criminais e aos seus resultados, cumpre destacar algumas dificuldades enfrentadas no andamento dos trabalhos. Requereu-se a lista dos processos sentenciados pelo entendimento de que os referidos autos são públicos, bem como é de direito e de interesse da população, da comunidade acadêmica e dos cidadãos em geral o acesso e estudo da presente matéria.

Não obstante, o juízo deferiu tão somente que os próprios pesquisadores realizassem seu trabalho em computadores disponibilizados pelo Fórum da Comarca de Criciúma, em horário em que estes não estivessem sendo utilizados, e “desde que a medida não seja inconveniente e/ou inoportuna para o bom funcionamento do serviço público, que goza de primazia sobre o interesse privado, a critério da Chefia do Cartório”.

Neste contexto, coube então aos autores elaborar a lista através do sistema SAJ, o que, de certa forma, prejudicou a qualidade dos dados obtidos. Isto porque, diferentemente dos técnicos e servidores públicos já habituados e preparados para trabalhar no sistema SAJ, os autores do presente artigo não detêm o conhecimento técnico necessário para o feito. Em primeiro, porque não lidam diariamente com esta ferramenta de trabalho e, em segundo, porque não participam regularmente de cursos de aperfeiçoamento no manuseio do sistema como o fazem os servidores. Assim, a lista obtida como resultado final diferiu do solicitado ao juízo.

Por fim, cabe ressaltar a pouca compreensão, por parte do juízo, do interesse público da pesquisa, em um lamentável entendimento de que a disponibilização de maiores recursos humanos e técnicos ao andamento do presente trabalho poderia ser importuna ao funcionamento do serviço público.

Pois bem. Conseguiu-se acesso ao relatório de processos que ingressaram o rol de culpados da 2ª Vara Criminal da Comarca de Criciúma/SC, no período de 01/01/2018 a 01/01/2019. Destes processos, foram selecionados tão somente os que tratavam dos delitos de tráficos de drogas e condutas afins, de modo que se chegou a um total de 62 processos.

Deve-se ter em mente que todos os processos ora analisados resultaram em

condenações criminais, visto que constam no relatório de rol de culpados. Em que pese prejudicada a análise da porcentagem de processos em que se observou a confissão extrajudicial como embasamento para a denúncia, optou-se pela continuidade da pesquisa pelo entendimento de que se tem em mãos um valioso material de análise.

Destes 62 processos que apuraram a prática de delito de tráfico de drogas, 14 contaram com a confissão extrajudicial como meio de “prova”, tendo, inclusive, a confissão reconhecida como atenuante da pena na segunda fase do cálculo dosimétrico. É sobre estes processos que se volta a atenção da presente pesquisa.

Todos os processos ora analisados tratam-se de flagrante de delito. Cabe destacar, entretanto, que dos 14 autos estudados, cinco deles originaram-se de rondas habituais feitas pela polícia militar nos bairros da comarca. Ainda, quatro deles se caracterizam por abordagens realizadas pela polícia militar após a realização de “denúncias anônimas”, dois por flagrante de delito ao momento de cumprimento de mandado de busca e apreensão.

Para mais, dois processos originaram-se de prisão em flagrante, porém constam nos autos do inquérito a existência de “investigações prévias”. Ocorre que as referidas investigações não foram relatadas em nenhum momento dos autos que não fosse a palavra dos policiais militares. Ao que parece, portanto, se trata puramente de um flagrante de delito. Por fim, um processo originou-se de investigação prévia devidamente documentada, incluindo o procedimento de interceptação telefônica.

No que tange a manutenção ou retratação das confissões extrajudiciais ao momento do interrogatório policial, os mais diversos cenários foram observados. Dos 14 autos analisados, 5 deles constam a informação de retratação da confissão realizada em delegacia, de modo que, ouvidos em juízo, negaram os depoimentos anteriormente prestados. Destes, um réu afirmou que não foi informado do direito ao silêncio, um informou que o depoimento que consta como confissão indiciária não foi o que relatou em delegacia e um informou que confessou em sede policial sob coação. Os dois restantes não explicaram a divergência.

Ademais, em três casos a confissão extrajudicial foi mantida nas mesmas circunstâncias. Tem-se casos em que aparece a curiosa situação da confissão “informal”, em que os militares relataram que o réu, em que pese não tenha confessado em delegacia, confessou a prática ilícita ao momento da abordagem. Destes, duas foram negadas em juízo e uma foi confirmada pelo acusado. Em dois casos, os réus haviam confessado a posse de entorpecentes em delegacia e, em juízo,

confessaram o comércio ilícito de drogas. Por fim, um deles foi revel em juízo.

Interessante mencionar que, dos 14 processos, sete contam com depoimento em delegacia registrados de forma escrita e outros sete foram registrados por meio de gravação audiovisual. Isto porque, a partir do ano de 2016, as delegacias de polícia de Criciúma passaram a contar com equipamentos para registros dos depoimentos em forma de vídeo. Destacável que as três das cinco retratações feitas em juízo referiam-se aos depoimentos escritos.

Por fim, destaca-se que, dos 14 processos estudados, em que pese todos tenham constado o reconhecimento da atenuante da confissão na segunda fase da dosimetria da pena, nenhum deles teve uma redução de pena efetivamente operada. Isto porque, nos termos da Súmula 231 do Superior Tribunal de Justiça, e em contraponto ao determinado pelo artigo 65, inciso II, alínea “d”, a atenuante não pode reduzir a pena abaixo do mínimo legal.

Das informações acima coletadas, extrai-se algumas conclusões. Contudo, vale a cautela em se observar que os referidos dados não se propõem a ser um panorama à nível nacional, tendo em vista a quantidade de processos analisados, bem como o fato de se tratarem tão somente de uma das Varas Criminais de uma Comarca.

Em primeiro lugar, é essencial que se atente às alegações de violações de direitos observadas nestes autos. Dos casos em que se alegou coação ou divergência no depoimento prestado e o que consta no processo, nenhuma providência foi tomada pelas autoridades competentes, seja pelo juiz ou juíza que conduzia a audiência, seja pelo membro do Ministério Público presente no ato.

Com isto, não se quer dizer que qualquer alegação prestada em juízo deve ser creditada de forma integral, cegamente e sem qualquer análise. Contudo, importa atentar-se para o fato de que tais alegações sequer são consideradas para fins investigativos, de modo a se averiguar em quais condições se dá o tratamento das pessoas abordadas e conduzidas à Delegacia.

Outra informação relevante é que a fala destas pessoas, nestes casos tidas como rés em processos criminais, só é considerada verídica quando autoincriminatórias. Isto porque, uma vez que consta nos autos a informação de uma confissão, ainda que extrajudicial e feita em circunstâncias obscuras (havendo possibilidade de coação, maus tratos etc.), elas se tornam verdade absoluta no processo.

Assim, não há retratação que seja considerada, nem mesmo quando feita

em juízo. Isto porque, quando posta lado a lado com a confissão extrajudicial, esta sempre prepondera, de modo que os depoimentos em juízos são considerados mentirosos. Por outro lado, uma vez mantida a confissão extrajudicial, esta “some” enquanto principal elemento de convicção para a condenação, sendo substituída, então, pela nova confissão feita em juízo.

Não menos importante, é a constatação de que, ao menos nos casos apresentados, além da responsabilidade pelo esclarecimento dos fatos delitivos ser quase integralmente do acusado, por meio da confissão, esta não trouxe aos réus nenhum benefício na dosimetria da pena, em que pese expressamente previsto pelo Código de Processo Penal brasileiro.

CONCLUSÃO

Pela pesquisa realizada nos processos de tráfico de drogas que tramitaram na 2ª Vara Criminal da Comarca de Criciúma, observa-se que, em que pese a Constituição de 1988 traga importantes mandamentos, no sentido de extirpar do Código de Processo Penal seus marcos inquisitivos, vê-se a pouca aplicabilidade destes dispositivos.

A confissão extrajudicial, quando presente nos autos, se tornam um importantíssimo elemento de convicção para embasamento de condenações, ainda que se constituam como única “prova” produzida ao longo de todo o processo criminal. O procedimento feito em juízo, supostamente regido pelo princípio da ampla defesa, desta maneira, constitui-se como um meio de legitimação para a condenação, de modo a transformar uma prova inquisitória em legítima por meio do “contraditório”.

A total ausência de credibilidade a eventuais retratações realizadas pelos acusados em juízo retoma a verticalização de poder descrita por Zaffaroni, ao passo que a figura do magistrado se constitui enquanto uma figura divina com poder de decidir qual das versões apresentadas no processo é a verdade absoluta. Neste momento, este mesmo magistrado assume a postura de extirpar do convívio social o sujeito reconhecido enquanto inimigo.

Para mais, pode-se dizer também que o inquérito enquanto procedimento religioso, analisado por Foucault, é demonstrado até mesmo nos casos de manutenção de confissões extrajudiciais. Assim, marca-se um momento de ruptura do sujeito na sociedade, por meio do seu reconhecimento enquanto autor de delito. Desta maneira, a confissão se apresenta como também uma oportunidade

de escuta, por meio da qual o sujeito apresenta suas justificativas para a prática delitiva.

Ressalta-se, contudo, que o processo penal tal qual o conhecemos no direito brasileiro não possui espaço para explicações e justificativas. As circunstâncias apresentadas para a prática do crime, por mais diversas que fossem, não tiveram a capacidade de modificar o resultado do processo penal, qual seja, a condenação.

Desta forma, havendo mera notícia de que o sujeito reconhece a si mesmo enquanto criminoso, será este sujeito à violência estatal por meio da punição. A eventual “benesse” pelo reconhecimento, já que não presente ao momento da dosimetria da pena, fica restrita à esfera do reconhecimento do sujeito enquanto sujeito ao poder punitivo.

REFERÊNCIAS

- FOUCAULT, Michel. **Os Anormais**. São Paulo, Martins Fontes, 2010.
- _____, **Ditos e Escritos X**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014
- _____, **Subjetividade e Verdade**. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2016.
- SLOTERDIJK, Peter. **Crítica da Razão Cínica**. Editora Liberdade, 2012.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **A Questão Criminal**. Rio de Janeiro, Editora Revan, 2013.
- _____, **O Inimigo no Direito Penal**. Rio de Janeiro, Editora Revan, 2007.

A POSTURA DO MAGISTRADO NO PROCESSO CRIMINAL APÓS A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988: UMA IMPRESCINDÍVEL DISCUSSÃO ACERCA DAS INFLUÊNCIAS EXTERNAS NAS DECISÕES JUDICIAIS

Daliani Barbosa Binotti ¹

Leonardo Sagrillo Santiago ²

RESUMO: O presente trabalho visa analisar a postura do magistrado frente às decisões judiciais em processos criminais, após a Constituição Federal de 1988. Para isso, estuda-se de que modo são construídas as decisões, sobretudo a partir do procedimento e dos demais fatores externos existentes ao longo do processo criminal. Para tanto, foi utilizado o métodos dedutivo e o monográfico, partindo de uma análise da importância da decisão judicial no sistema acusatório de modo a preservar as garantias constitucionais, para um estudo da fundamentação judicial como ferramenta de fiscalização do contraditório, identificando de que modo essas decisões são influenciadas por circunstâncias estranhas ao processo e suas consequências. Dessa forma, em face de grandes operações no contexto político e social no País, conclui-se que para uma decisão judicial imparcial deve ser respeitado o sistema acusatório a fim de resguardar as garantias constitucionais no processo penal.

Palavras-chave: Contraditório. Fatores externos. Fundamentação judicial. Sistema acusatório.

ABSTRACT: The present work aims to analyze the position of the magistrate in the face of judicial decisions in criminal proceedings, after the Federal Constitution of 1988. For this, it is studied how the decisions are constructed, especially from the procedure and the other external factors existing to the court. throughout the cri-

-
- 1 Pós-graduanda em Direito Penal e Criminologia pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Advogada. daliani.barbosa@gmail.com
 - 2 Professor da disciplina de Processo Penal e Criminologia da Universidade Franciscana. Mestre em Direito pela Universidade Federal de Santa Maria – UFSM. Membro do Escritório Leonardo Santiago Roger de Castro, Advocacia Penal Empresarial. Advogado Criminalista. leo_santiago@hotmail.com

minal process. For this, the deductive and monographic methods were used, starting from an analysis of the importance of the judicial decision in the accusatory system in order to preserve the constitutional guarantees, for a study of the judicial reasoning as a tool of supervision of the contradictory, identifying how these decisions are influenced by circumstances outside the process and their consequences. Thus, in the face of major operations in the political and social context in the country, it is concluded that for an impartial judicial decision the prosecution system must be respected in order to safeguard constitutional guarantees in criminal proceedings.

Keywords: Accusatory system. External factors. Judicial reasoning. Right of adversary.

1 INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988 dispõe sobre as garantias do acusado que dependem da atuação de um juiz imparcial e independente, a fim de preservar as regras do processo penal. A partir disso, ao estudar de que forma são construídas as decisões judiciais, percebe-se uma nítida confusão do papel do magistrado ao violar o regime democrático, sobretudo a partir do procedimento e das demais influências existentes ao longo do processo.

A importância da presente pesquisa está justamente na necessidade de discutir de que forma a decisão judicial pode ser, em algumas ocasiões, construída sem a necessária observância das garantias atinentes ao processo. Sendo assim, é imprescindível uma reanálise acerca da fundamentação enquanto ferramenta de fiscalização do exercício do contraditório. As decisões do magistrado não devem ser baseadas em questões externas ao processo criminal como, por exemplo, no clamor público, sob pena de grande violação dos direitos individuais do acusado estabelecidos na Constituição Federal, na verdade elas emanarão das provas nos autos.

Desse modo, torna-se mais importante a discussão proposta quando se observam as questões jurídicas e políticas que o Brasil tem enfrentado, sobretudo com o surgimento de grandes operações. Ademais, há o desenvolvimento de uma insegurança da população com relação aos crimes que acontecem, ao passo que com o intuito de eliminar da sociedade toda corrupção hoje enfrentada no Brasil, ocorre, em alguns casos, a violação dos direitos do acusado. O problema é que isso ocorre de modo que a própria mídia instiga o desrespeito às garantias

individuais do acusado, sobretudo porque apesar da necessidade de estancar a corrupção do país não será com o desrespeito das regras processuais e constitucionais o melhor caminho a ser percorrido.

A fundamentação judicial deve(ria) servir como instrumento de verificação do próprio contraditório. Isso significa que é a partir do direito de defesa que surgirão os instrumentos os quais ajudarão na decisão do juiz, não podendo este fazer a gestão da prova de modo a ocupar, desde então, o lugar de um acusador. Logo, circunstâncias estranhas ao processo criminal interferem, ainda que indiretamente, nas decisões. Ante tal violação das regras processuais e constitucionais, é de suma importância analisar a posição do juiz enquanto garantidor, e até onde as pressões externas ao processo podem influenciar as decisões judiciais em processo criminal.

Com isso, dividir-se-á o presente trabalho em dois capítulos, primeiramente abordando a decisão judicial no sistema acusatório de modo a preservar as garantias constitucionais, para um estudo da fundamentação judicial como ferramenta de fiscalização do contraditório. Primeiramente, buscar-se-á identificar brevemente as peculiaridades do sistema processual penal acusatório e investigar em que medida estão sendo respeitados o que dispõe a Constituição Federal ao lado do Código de Processo Penal. Proceder-se-á então para a investigação da fundamentação das decisões judiciais como instrumento de fiscalização do contraditório às partes no processo penal.

Assim, no segundo, estudar-se-á quais são esses fatos estranhos ao processo criminal que podem interferir em como decide um juiz. Para isso, verifica-se a própria característica da sociedade com relação à liberdade de expressão e como ela se comporta nos dias atuais de grande veiculação de notícias nas redes sociais. Logo, investiga-se como se dá a postura do magistrado frente a tantas exposições.

Como método de abordagem utilizou-se o dedutivo, pois o estudo partiu de uma análise geral para um assunto específico, iniciando com a análise da importância da decisão judicial no sistema acusatório com o objetivo de preservar as garantias constitucionais, partindo para um estudo da fundamentação judicial como ferramenta do contraditório a fim de identificar de que modo essas decisões são influenciadas por circunstâncias estranhas ao processo e suas consequências. Já como método de procedimento, elegeu-se o monográfico para que a partir de um estudo sobre as decisões judiciais no processo criminal, fosse analisado de que modo os fatores extrajudiciais podem interferir na independência e imparcialidade dos magistrados e como se dá a postura destes enquanto um garantidor.

O presente trabalho tem correlação com o GT Processo Penal, pois buscará discutir os desde os sistemas processuais penais até a fundamentação judicial a fim de fiscalizar o contraditório. Para tal, foi utilizado o método dedutivo, pois o estudo partiu de uma análise geral para um assunto específico, iniciando com a análise da importância da decisão judicial no sistema acusatório com o objetivo de preservar as garantias constitucionais, partindo para um estudo da fundamentação judicial como ferramenta do contraditório a fim de identificar de que modo essas decisões são influenciadas por circunstâncias estranhas ao processo e suas consequências. Já como método de procedimento elegeu-se o método monográfico para que a partir de um estudo sobre as decisões judiciais no processo criminal, fosse analisado de que modo os fatores extrajudiciais podem interferir na independência e imparcialidade dos magistrados e como se dá a postura destes enquanto um garantidor.

2 A DECISÃO JUDICIAL E A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

O Processo Penal é constituído por princípios inerentes à propositura da ação, como por exemplo, a Inércia da jurisdição ou princípio da demanda³, em que o juiz não detém a figura de acusador já que haverá a provocação pelas partes legitimadas ou pelo Ministério Público, dando início à pretensão acusatória. Outros que garantem os direitos do acusado são os princípios da Imparcialidade, Independência e do Juiz natural, estes têm por objetivo, respectivamente, manter o magistrado além dos interesses das partes em razão da separação de funções de acusar e julgar, assegurar a garantia dos direitos fundamentais e o conhecimento da autoridade competente para processá-lo e julgá-lo ao cometer conduta criminosa.

A Constituição Federal de 1988⁴ não traz expressamente em seus artigos o sistema acusatório e suas características. Na verdade, o art. 5º dispõe sobre os direitos fundamentais e dentre eles está assegurado o contraditório, a ampla defesa, o julgamento por um juiz imparcial e independente, portanto, são garantias ao acusado para que seja proferida uma decisão motivada e livre de vícios.

Em um Estado Democrático de Direito e, sobretudo, em tempos de crise política no país, torna-se imprescindível a motivação da decisão judicial como

3 LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2019. p. 245.

4 BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 14 jun. 2019.

instrumento de fiscalização do Poder Judiciário pelos cidadãos. Em que pese existir a decisão interlocutória e a sentença⁵, pretende-se analisar aqui que a decisão como um todo deve estar em conformidade com a Constituição Federal, observando os limites que esta impõe com relação às leis ordinárias anteriores à 1988 ou que não tiveram alterações em seus textos.

Os autores Lênio Streck e Rafael Tomaz de Oliveira⁶ destacam a importância da motivação judicial como meio de controle racional pela sociedade, como segue:

Portanto, para cumprir a exigência constitucional da motivação das decisões é absolutamente necessário que sempre se explicito o compreendido, justificando – no contexto da cadeia integrativa – porque a compreensão apresentada é a melhor que se estabelece para solução da demanda.

Nesse sentido, destaca-se o dever do magistrado em atuar como garantidor da legalidade e dos direitos fundamentais do acusado e não como aquele que decide conforme deseja a população ou ainda de acordo com o que a mídia publicará a seu respeito, tendo em vista que não é em favor da sociedade que paira seu julgamento. Pode-se verificar, por meio deste controle, se houve interferência dos fatores externos no ato judicial, já que a decisão deve estar fundamentada a partir do direito.

3 A FUNDAMENTAÇÃO JUDICIAL E A FISCALIZAÇÃO DO CONTRADITÓRIO FACE AO SISTEMA PROCESSUAL PENAL ACUSATÓRIO

Tem-se o contraditório como uma característica do sistema acusatório, significa dizer que o juiz mesmo que autorizado pela lei em determinar produção antecipada das provas, deverá submeter às partes para que exerçam seu direito de defesa. Consiste na igualdade de tratamento e oportunidade entre as partes, isto é:

A essência do processo está na simétrica paridade da participação dos interessa-

5 Para uma análise brevemente formal da decisão judicial, mister dizer que sua classificação consiste em Despacho, Decisão Interlocutória e Sentença. A primeira é um mero impulso ao processo, logo, desprovida de fundamentação, já a segunda, em razão de possui carga decisória, torna-se essencial e obrigatória a motivação judicial, assim como a Sentença. A decisão interlocutória pode ser irrecorrível como, por exemplo, o recebimento de uma denúncia ou pode colocar fim a uma etapa do procedimento, tangenciando o mérito, tendo como exemplo a decisão que pronuncia o réu para ir à plenário do Júri nos crimes dolosos contra a vida. Na Sentença, haverá o resultado de pretensão acusatória e pode ser absolutória própria ou imprópria ou condenatória e, sobretudo, estará estruturada com relatório, fundamentação e dispositivo. Conforme explica o autor LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2019. p. 888.

6 STRECK, Lenio Luiz; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. **O que é isto – as garantias processuais penais?**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012. p. 1767.

dos, reforçando o papel das partes e do contraditório. Os atos do procedimento miram o provimento final e estão inter-relacionados, de modo que a validade do subsequente depende da validade do antecedente, e da validade de todos eles, dependem a sentença.⁷

Contrapondo-se ao sistema inquisitivo em que desprezava totalmente a ideia do contraditório no processo criminal, a Constituição Federal de 1988 traz este direito ao lado do princípio da imparcialidade e independência do julgador, para que sejam aplicados aos direitos do cidadão. Diz respeito à postura de garantidor no processo penal, agindo de modo de que ao formar sua livre convicção não esteja subordinado aos fatores externos, sejam eles políticos ou sociais, mas sim às provas produzidas no processo pelas partes legitimadas.

A gestão das provas pelas partes deverá submeter-se à presença do magistrado. O direito ao contraditório implica em um adequado desenvolvimento para o resultado do processo. Ada Pellegrini, nesse sentido, analisa a relação do direito à prova no âmbito do contraditório: “A concomitante presença de ambos – juiz e partes – na produção das provas é essencial à sua validade.”⁸

O objeto da prova diz respeito aos “fatos sobre os quais versa o caso penal”⁹ e que será valorado pelo juiz em seu convencimento. Ressalta-se que a confissão não tem mais valor absoluto, isto é, não é mais considerada a rainha das provas e, mesmo que o réu confesse, há de ser feita a valoração das demais provas nos autos do processo. O ônus da prova cabe ao Ministério Público (acusador), já que este demanda face ao acusado, devendo então provar os elementos da conduta criminosa. Em outras palavras, conceitua Paulo Rangel¹⁰ sobre o papel do órgão acusatório do processo criminal como parte e fiscal da lei, sendo que se este não concluir com provas para a acusação, conforme fez na denúncia, o resultado deverá ser a absolvição do acusado.

No processo penal brasileiro adota-se o sistema da livre convicção ou da persuasão racional a fim de avaliar as provas produzidas nos autos. O juiz competente decide então com base na prova produzida com o contraditório judicial e não pode utilizar exclusivamente dos elementos informativos, aqueles colhidos na investigação policial, consoante disposto no Art. 155 do Código de Processo Penal, posto à salvo as provas cautelares, as não repetíveis e as antecipadas.

7 LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2019. p. 42.

8 GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antônio Magalhães; FERNANDES, Antônio Scarance. **As Nulidades no Processo Penal**. 12ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 116.

9 RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 21ª ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 452.

10 RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 21ª ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 498.

É imprescindível a motivação judicial nas decisões do magistrado, conforme previsão na Constituição Federal em seu Art. 93, inciso IX, respeitando a publicidade como característica do sistema acusatório, ressalvados os casos em que haverá sigilo quando a lei determinar. Essa fundamentação diz respeito à conclusão do magistrado sobre o processo, considerando a autoria e materialidade do crime, bem como garante a fiscalização do contraditório. Para Aury Lopes Jr.:

[...] o poder judicial somente está legitimado enquanto amparado por argumentos cognoscitivos seguros e válidos (não basta apenas boa argumentação), submetidos ao contraditório e refutáveis. A fundamentação das decisões é instrumento de controle da racionalidade e, principalmente, de limite ao poder, e nisso reside o núcleo da garantia.¹¹

O sistema da livre convicção refere-se à motivação do juiz apenas com base nas provas dos autos, o que significa que a fundamentação judicial é essencial para a fiscalização do Poder Judiciário pelas partes. Não pode o magistrado simplesmente discorrer a letra da lei, mas sim enfrentar todos os fundamentos que levaram à pretensão acusatória com os elementos probatórios contidos nos autos do processo. Assim, em um sistema acusatório, esta postura do magistrado em não fundamentar suas decisões viola as garantias do indivíduo, sobretudo, o princípio da presunção de inocência. Sua postura deve ser em atrelar-se às provas constantes nos autos do processo para então fundamentar e, conseqüentemente, condenar ou absolver. Com isso, Paulo Rangel¹² discorre sobre a obrigatoriedade do juiz motivar sua decisão apenas com as provas dos autos e, isso nada mais é que um direito constitucional das partes a fim de que possam entender as razões do magistrado e ainda exercer o duplo grau de jurisdição.

No mesmo sentido, entende Geraldo Prado:

Mais do que isso, aqui igualmente se verificará o mesmo tipo de comprometimento psicológico objeto das reservas quanto ao poder do próprio juiz iniciar o processo, na medida em que o juiz se fundamentará, normalmente, nos elementos de prova que ele mesmo incorporou ao processo, por considerar importantes para o deslinde da questão. Isso acabará afastando o juiz da desejável posição de seguro distanciamento das partes e de seus interesses contrapostos, posição essa apta a permitir a melhor ponderação e conclusão.¹³

Note-se que há um grau de discricionariedade nos poderes inquisitivos do magistrado na valoração das provas que ele mesmo determinou. Ora, se houver

11 LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2019. p. 876.

12 RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 21ª ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 511.

13 PRADO, Geraldo. **Sistema Acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais**. 3º ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2005. p. 218.

um número de elementos probatórios que confirmem, por exemplo, os fatos alegados pela defesa e, o juiz determine alguma diligência ou antecipe alguma prova, de modo, estará buscando a verdade pré compreendida para então fundamentar sua decisão.

Cabe salientar que o juiz é um cidadão que possui seus conhecimentos sociais, políticos e jurídicos, não sendo neutro na relação processual, mas sim imparcial e ativo. Assim, a decisão judicial se dá a partir das provas instauradas nos autos do processo criminal e quem julga deverá motivá-la com bases nestes elementos apesar de, em alguns casos, ir em desacordo com a opinião do público alheio ao processo.

A fundamentação judicial traz a possibilidade de averiguar o convencimento do magistrado dentro dos princípios constitucionais, tratando-se de um instrumento de fiscalização do próprio contraditório, assim como verificar diante de quais provas teve seu convencimento motivado. Verifica-se que o Código de Processo Penal teve sua publicação em 1941, anterior à Constituição Federal, implica então observar que cabe ao juiz como garantidor não permitir violações aos direitos fundamentais conquistados com o advento da Carta Magna. Todavia, não há um título ou artigos que expressem quais são as características do sistema acusatório, mas sim alguns dispositivos como já mencionados anteriormente sobre os direitos fundamentais no Art. 5º da Constituição Federal.

Convém ressaltar também que a fundamentação é algo que justificará os atos dos juízes, não só em sentenças, mas em todas decisões interlocutórias, já que estas deverão encontrar amparo na Constituição, conforme esclarece Lênio Streck: “[...] a resposta (decisão) não é nem a única e nem a melhor: simplesmente se trata “da resposta adequada à Constituição”, isto é, uma resposta que deve ser confirmada na própria Constituição[...]”¹⁴

A decisão judicial deve estar atrelada às normas formais e materiais, ou seja, os direitos fundamentais enquanto garantidos para todos e o juiz responsável pela valoração, deve fazê-la, nas palavras de Aury: “Mais que a filtragem constitucional, deve o juiz atentar para o controle de convencionalidade das leis ordinárias, ou seja, se o CPP, o CP ou qualquer lei ordinária não está em conflito com a Convenção Americana de Direitos Humanos.”¹⁵. Para que seja possível identificar a atuação do juiz como garantidor no processo ou como mero protagonista, im-

14 STRECK, Lenio Luiz. O que é isto – decido conforme minha consciência? – 6ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2017. p. 116

15 LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2019. p. 878.

portante verificar a função independente. Essa é uma condição fundamental para a existência de um Estado Democrático. Nesse sentido, é bastante discutida a ideia de ver o juiz fazendo justiça para o país ou como sendo o herói da sociedade ante a criminalidade existente no Brasil, porém a própria sociedade equivoca-se em tratar o magistrado como representante do povo.

De fato, deve o magistrado atuar como garantidor da legalidade e dos direitos fundamentais do acusado, não se submetendo aos desejos da população ou ainda de acordo com o que a mídia publicará a seu respeito. Nesse sentido:

É claro que o juiz é um ser-no-mundo, logo, sua compreensão sobre o caso penal (e a incidência da norma) é resultado de toda uma imensa complexidade que envolve os fatores subjetivos que afetam a sua própria percepção do mundo. Não existe possibilidade de um ponto zero de compreensão, diante da gama de valores, preconceitos, estigmas, “pré-juízos”, aspectos subjetivos etc., que concorrem no ato de julgar, logo, sentir e eleger significados.¹⁶

Se a decisão partirá do conjunto de provas, pelas quais o juiz olha os fatos no mundo, decidirá então pela compreensão do que é possível ser comprovado e pela aproximação da realidade. A questão primordial é a cautela devida face à subjetividade na gestão das provas, que deve(riam) permanecer apenas com as partes, bem como à influência midiática sobre os fatos alegados. Isto é, apesar de a revista, jornal ou qualquer outro meio de comunicação “errar” na divulgação sobre o processo criminal, cabe ao magistrado ter a convicção de não ser induzido nas suas decisões objetivando uma justiça pelo clamor social, ainda que sobra represálias por uma decisão contrária à sociedade, mas de acordo com o Direito.

Posto isso, o julgador deve fazer seu convencimento judicial de acordo com a legalidade processual (mas não sendo o boca-da-lei) e com mera consciência dos fatos, já que a valoração das provas do caso caberá a ele e, sendo assim, necessário o liame entre os limites constitucionais e sua fundamentação judicial.

Rafael Tomaz Oliveira¹⁷ sustenta que a não existência de uma discricionariedade ou livre escolha para um juiz decidir, na verdade, é um espaço cultural que o atinge, fazendo com que o leve a prestar homenagens à tradição. Em outras palavras, a sociedade, assim como a mídia, sobretudo, eleva a postura do magistrado para que este atenda aos preceitos do povo, independente das garantias do acusado. Entretanto, não são apenas a sociedade e opinião pública (ou publicada)

16 LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2019. p. 883.

17 OLIVEIRA, Rafael Tomaz. **Decisão e história**: uma exploração da experiência jurídica a partir das estruturas basais da decisão judicial. Tese (doutorado) – Universidade do Vale Rio dos sinos – UNISINOS. Programa de pós graduação em Direito, São Leopoldo, RS, 2013. p. 210.

que fazem parte dos fatores extrajurídicos nas decisões judiciais, como também a interação do juiz com órgãos políticos e institucionais e o cumprimento da decisão, ou melhor, os efeitos desse cumprimento.

Um exemplo importante é o que dispõe o art. 385 do CPP, possibilitando ao juiz o condenar o acusado, mesmo que o Ministério Público, titular da ação penal, tenha entendido pelo não exercício da pretensão acusatória, ou seja, tenha este opinado pela absolvição. Conforme Aury Lopes Jr.:

Como consequência, não pode o juiz condenar, sob pena de exercer o poder punitivo sem a necessário invocação, no mais claro retrocesso ao modelo inquisitivo.

[...] representa uma clara violação do Princípio da Necessidade do Processo Penal, fazendo com que a punição não esteja legitimada pela prévia e integral acusação, ou melhor ainda, pleno exercício da pretensão acusatória.¹⁸

O dispositivo visivelmente viola as regras do sistema acusatório, que possui como peculiaridades o contraditório, publicidade de atos e, sobretudo a separação de funções quanto à acusação e o julgador em pessoas distintas. Logo, se o próprio legitimado na pretensão acusatória (acusador) opina pela absolvição, se o magistrado (julgador) insistir mesmo assim na condenação, estará agindo com poderes inquisitoriais em um papel de acusador e julgador. Isto é, se a motivação judicial deve se dar a partir das alegações presentes nos autos do processo, não havendo pedido de condenação face ao acusado, não deveria o juiz julgar dessa forma, sob pena de não haver fundamentação para tanto.

As decisões judiciais não podem ter vinculação às vastas experiências pessoais dos juízes, assim como não refletir o que a sociedade deseja. Antes de tudo, é necessário existir a adequada relação entre o processo criminal e os princípios constitucionais, já que a Constituição Federal é a consequência da democracia do país e, por isso, há de ser respeitada.

Ante o exposto, relevante destacar que a fundamentação judicial será inquestionavelmente o principal instrumento a fim de fiscalizar o contraditório, sobretudo considerando que as questões extrajurídicas não porventura interfiram na decisão do magistrado. Uma vez que, sendo a motivação judicial um dos deveres consolidados pela Constituição Federal de 1988 como um direito das partes, estará assegurado o sistema acusatório.

18 LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2019. p. 917.

4 A INFLUÊNCIA DOS FATORES EXTERNOS AO PROCESSO CRIMINAL NA DECISÃO JUDICIAL

A Constituição Federal de 1988 traz nos direitos fundamentais elencados nos Art. 5º, inciso IV e Art. 220 a liberdade de expressão do cidadão brasileiro como um exercício democrático para demonstrar sua opinião e/ou insatisfações, clamando por mudanças no país. Torna ainda mais importante a discussão na situação atual que o Brasil enfrenta quanto às questões jurídicas e políticas, sobretudo com o surgimento de grandes operações.

Todas as formas de livre expressão asseguradas pela Constituição Federal são conquistas da formação de um Estado Democrático de Direito e são essenciais à população brasileira. Porém, diante da insegurança gerada na sociedade com relação aos crimes que persistem sucessivamente, ao passo que, com o intuito de eliminar toda corrupção hoje enfrentada no Brasil, a opinião pública interfere na Justiça, em especial, nas decisões judiciais, ocasionando a violação dos direitos do acusado. Logo, a própria mídia instiga que haja o desrespeito às garantias individuais do acusado e, muitas vezes, o juiz – que deve decidir com base nas provas dos autos de modo fundamentado – é influenciado por estes fatores e fere a estrutura processual acusatória.

A doutrina entende que diante de um Estado Democrático de Direito, já houve a superação de um juiz como aplicador da lei e/ou herói da sociedade. Aury Lopes Jr.¹⁹ assevera: “É elementar que a administração da justiça não pode depender da bondade, do bom senso ou de qualquer outro tipo de abertura axiológica desse estilo para legitimar o exercício do poder.”

Os fatores externos que interferem na decisão judicial são aqueles pessoais do magistrado, como sua própria vivência e experiência familiar, inclusive como o café da manhã do juiz²⁰, a sua posição religiosa, política e até mesmo a opinião sobre gêneros e opções sexuais, a repercussão do resultado daquele processo que julgará e também a mídia como um fator estranho ao processo criminal afetando o julgamento do acusado.

Diante dos princípios consagrados pela Constituição Federal, tal como o

19 LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2019. p. 880.

20 Lênio Streck leciona sobre uma pesquisa realizada por cientistas políticos em que considerou que juízes “com fome” decidem em favor dos “famintos” e aqueles que possuem filhas, decidem em favor das mulheres. Ainda, ressalta a possível instauração de um caos se as experiências e posicionamentos do magistrado fossem tão somente motivos para suas decisões. STRECK, Lênio. **Senso Incomum: Os filhos ou o café da manhã influenciam as decisões judiciais?** Revista Consultor Jurídico. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-jul-20/senso-incomum-filhos-ou-cafe-manha-influenciam-decisoes-judiciais>. Acesso em: 10 nov. 2019

princípio da presunção de inocência até o trânsito em julgado, nota-se aqui uma contradição do Código de Processo Penal. Ocorre que algumas decisões judiciais extrapolam os limites democráticos da Carta Magna sem a devida filtragem constitucional para sua aplicação. Não obstante a necessidade de estancar a corrupção do país, não será com o desrespeito das regras processuais e constitucionais o melhor caminho a ser percorrido, pois enfraquecendo o sistema processual acusatório, fere diretamente o contraditório.

Ademais, a mídia transmite à sociedade em uma linguagem mais acessível perante aqueles que não possuem conhecimento jurídico, dando a ideia de um sistema judicial lento. O problema é que quando os cidadãos recebem essas informações, acabam formando a própria opinião e, assim, as notícias são reproduzidas sucessivamente, principalmente com a internet e as redes sociais. Em razão dessa publicidade dos atos processuais, há o julgamento midiático do acusado.

Logo, a preocupação com a propagação da opinião da sociedade vem crescendo em razão da violação da garantia do acusado como inicialmente inocente diante de um crime de alta repercussão social. Na presença de um sistema processual acusatório, a publicidade é importante na medida que expõe a verdade objetiva e clara, não podendo ser admitida aquela que induz julgamentos errôneos sobre o réu, fazendo com que a própria sociedade faça seu julgamento antes mesmo da decisão do magistrado, e este possa ser influenciado pela opinião pública.

5 A (IM)POSSÍVEL CORRELAÇÃO DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO NAS REDES SOCIAIS COM A DECISÃO JUDICIAL IMPARCIAL

A decisão judicial, muitas vezes, será positiva ou negativa na visão da sociedade em geral. Porém, a questão é que em qualquer uma delas, conterão interferências não jurídicas tais como, mídia, questão política, relação com familiares etc. São essas circunstâncias que não deveriam existir, justamente em razão dos limites constitucionais existentes. A partir de um estudo breve quanto ao sistema acusatório, bem como levando em consideração a cultura brasileira em que o país vive atualmente, é possível analisar, preliminarmente, as causas desse problema.

Cabe ressaltar que, primeiramente, a sociedade passou por várias transformações ante a evolução da tecnologia e o surgimento das redes sociais. Esse avanço tecnológico possibilitou que o internauta expusesse sua opinião de uma

maneira ampla. Nesse sentido, o autor **Manuel Castells**²¹ explica a relação de usuário e criador, como segue:

Assim, computadores, sistemas de comunicação, decodificação e programação genética são todos amplificadores e extensões da mente humana. O que pensamos e como pensamos é expresso em bens, serviços, produção material e intelectual, sejam alimentos, moradia, sistemas de transporte e comunicação, mísseis, saúde, educação ou imagens.

Significa dizer que até pouco tempo atrás, os internautas não expressavam sua vida no meio digital, tendo como exemplo as viagens com família, posto que, atualmente há um mecanismo de comunicação mundial com os sistemas intelectuais capazes de acessar indiretamente o que pensamos, já que eles publicam na internet os lugares que frequentam, com quais pessoas e o que compram. No que tange à exposição de fatos, pode-se deparar com a liberdade de expressão, tão conquistado direito fundamental em consonância com o art. 5º, especificamente em seu inciso IV da CF, sobre a livre manifestação de pensamento, seja em ambientes públicos, como nas ruas ou na internet. Juntamente, no art. 220, parágrafo 2º também da CF há a garantia da não censura à comunicação pelo Estado.

Então, tem-se a liberdade de expressão como um direito da sociedade, porém no contexto social atual, depara-se com um conceito em que há uma necessidade de exposição e não mais exatamente uma expressão ou livre pensamento das pessoas. Isto é, a própria internet induz os usuários a exporem suas vidas e opiniões de maneira dilacerada, causando repercussões em questão de segundos, sendo que essa liberdade se torna uma peculiaridade da sociedade em si.

O entendimento deste mecanismo de exposição da sociedade é estudado pelo autor Zygmunt Bauman²² que assevera:

[...] submetemos à matança nossos direitos de privacidade por vontade própria. Ou talvez apenas consintamos em perder a privacidade como preço razoável pelas maravilhas oferecidas em troca. Ou talvez, ainda, a pressão no sentido de levar nossa autonomia pessoal para o matadouro seja tão poderosa, tão próxima à condição de um rebanho de ovelhas, que só uns poucos excepcionalmente rebeldes, corajosos, combativos e resolutos estejam preparados para a tentativa séria de resistir.

Diante disso, verifica-se que a revolução tecnológica citada por Castells dá origem a sociedade líquida que Bauman refere como aquela em que a vida rotineira é exposta nas redes sociais de modo que antes nenhum internauta dis-

21 CASTELLS, Manuel. **A sociedade em rede**. 6. ed. São Paulo: Paz e Terra S/A, 2005. p. 69.

22 BAUMAN, Zygmunt. **Vigilância Líquida**. Edição digital. Rio de Janeiro: Zahar, 2013. p. 20.

ponibilizava opiniões sobre assuntos pessoais ou não. A livre manifestação do pensamento ganha força com os acontecimentos históricos políticos e sociais no Brasil e, assim, os usuários da internet comunicam-se virtualmente sobre variados assuntos, desde o almoço do dia-a-dia até as decisões judiciais (antes mesmo de seus julgamentos definitivos).

É evidente que todos possuem o direito constitucional referido, assim como não há aqui o que se falar em acabar com a liberdade de expressão, na verdade, deve-se estimar os limites a esta livre manifestação. Pode-se elencar como limites a esta característica da sociedade os princípios que protegem a individualidade e a dignidade da pessoa humana²³, por exemplo. A mídia social, por meio das veiculações de informações e notícias na internet publica tudo sobre todos, sejam políticos ou cidadãos. Acontece que não será a empresa responsável pelas notícias que deverá atentar a estes limites, o problema em questão é que caberá ao magistrado a partir de sua imparcialidade decidir com base nesses princípios para resguardar os direitos do acusado e a garantia do sistema processual.

O entusiasmo em expor a vida e também participar dos acontecimentos no país contribuem nessa troca da privacidade pela liberdade, já que o próprio Facebook questiona: “No que você está pensando?”, sendo apenas um exemplo de rede social mais usada pelos internautas. Significa dizer, nas palavras de Bauman²⁴: “A condição de ser observado e visto, portanto, foi reclassificada de ameaça para tentação.”

Neste cenário, são frequentes as situações em que a partir de publicações sobre assuntos envolvendo autoridades ou agentes políticos, ocasionam os julgamentos pela própria sociedade. Isto posto, é a partir dessa rápida revolução tecnológica que surgem opiniões de internautas estranhos aos conteúdos circulados, como acontece no âmbito no processo criminal. Enquanto no processo há o recebimento de uma denúncia, na sociedade já haverá uma sentença de condenação ou absolvição e isso, muitas vezes, pode interferir na decisão do magistrado. A postura do juiz deve ser absolutamente imparcial justamente porque ele está inserido nessa sociedade e redes sociais, porém, ele mesmo deve agir para que esses fatores externos não interfiram na sua decisão.

23 A interpretação do livro do autor Luiz Fernando Calil de Freitas sobre a direitos fundamentais, é que a dignidade humana como princípio serve como limite de proteção aos direitos fundamentais. Precisamente, no caso em estudo, será um limite imposto pelo juiz ao deparar-se com a liberdade de expressão da sociedade em suposta interferência nas suas decisões. FREITAS, Luiz Fernando Calil de. **Direitos Fundamentais: limites e restrições**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 175.

24 BAUMAN, Zygmunt. **Vigilância Líquida**. Edição digital. Rio de Janeiro: Zahar, 2013. p. 21.

Segundo Castells²⁵:

A internet tem tido um índice de penetração mais veloz do que qualquer outro meio de comunicação na história: nos Estados Unidos, o rádio levou trinta anos para chegar a sessenta milhões de pessoas; a TV alcançou esse nível de difusão em 15 anos; a Internet o fez em apenas três anos após a criação da teia mundial. [...] os consumidores da Internet também são produtores, pois fornecem conteúdo e dão forma à teia.

Na medida em que a Internet foi expandida, os internautas ampliaram seus conhecimentos e, o que no início desta exploração era muitas vezes um entretenimento, passou a ser motivo para pesquisa, formação de grupos de comunicação. Isto é, o mundo virtual uniu as características das pessoas em comum, bem como daquelas com objetivos similares.

Assim, tendo em vista a atual pressão política e social no país reforça as atividades nas redes sociais não só para organizações de lutas democráticas, como também para a expressão das opiniões, compartilhamento de decisões judiciais, principalmente aquelas em que há grande repulsa da sociedade. O problema começa a partir de uma publicação em revista, por exemplo, e assim inicia-se uma teia de distorções do processo penal e o objetivo da sociedade em que o magistrado faça “justiça”. É evidente que grande parte dos cidadãos e, inclusive o juiz, fazem uso das redes sociais seja para fins comerciais, pessoais ou políticos. A questão primordial é o que uma repercussão causada pelos cidadãos pode causar no Poder Judiciário.

6 A POSTURA DO MAGISTRADO ANTE AS INFLUÊNCIAS EXTERNAS

A própria sociedade exige do juiz uma postura de ator-especulador e, por isso, em respeito ao sistema acusatório adotado pelo Brasil, não somente quanto à separação das funções de acusar e julgar, como também e não menos importante o próprio contraditório e ampla defesa devem ser protegidos democraticamente pelo magistrado, de modo que não seja influenciado por essa exigência da sociedade. Além disso, é o próprio julgador que deve ter a cautela necessária ao decidir quando houver a presença da mídia social no caso concreto. Ele que observará os limites constitucionais inerentes ao acusado, já que não há como manter o juiz neutro em relação aos acontecimentos públicos do dia-a-dia.

25 CASTELLS, Manuel. **A sociedade em rede**. 6. ed. São Paulo: Paz e Terra S/A, 2005. p. 439.

Nas palavras de Geraldo Prado²⁶:

Uma atividade decisionista do juiz, baseada na sua credibilidade social mas intangível pelas partes, na medida em que se apresenta como exercício da sua potestade, máxima representação da sua vontade pessoal, não é legítima, mesmo quando parece mais eficiente porque atende às pautas de repressão penal. Assim, não é legítima a decisão do juiz que condena o acusado porque a maioria das pessoas quer esta condenação. A legitimidade da condenação e a validade jurídica da sentença dependem da correspondência entre aquilo que afirma o juiz e as provas lícitas produzidas no curso do processo.

A chamada correlação entre acusação e sentença dá suporte às características do sistema acusatório. Ademais, este princípio da congruência corresponde ao disposto pelo autor acima, já que uma decisão judicial apesar de se dar pelo livre convencimento, deverá ser devidamente motivada a partir da análise das provas que constarem nos autos do processo criminal considerando, sobretudo o direito ao contraditório às partes.

Um juiz imparcial e independente é essencial à própria função, de outra maneira, é o “pressuposto de existência do processo”²⁷. Justamente a fim de que possibilite sua tomada de decisões livres de ameaças ou de futuros “julgamentos” da sociedade por contrariar interesses públicos e políticos, existem as garantias constitucionais à Magistratura, quais sejam, vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade de vencimentos, conforme versa Tourinho Filho²⁸.

Para que haja um processo penal democrático de acordo com a Constituição Federal perante grandes operações políticas e sociais no País, imprescindível a adequada fundamentação das decisões judiciais, já que se trata de um meio de fiscalização pelas partes com o objetivo de resguardar o contraditório, ampla defesa e, sobretudo os direitos individuais do acusado. Embora ocorram manifestações e diversas formas de exposição (expressão) de pensamentos, são peculiaridades da sociedade atual que, na interação com as redes sociais, pensam e expõem o que entendem “certo” para elas. Logo, o juiz, também integrante deste meio social se coloca na postura de garantidor no processo penal, de modo de que impeça as violações aos direitos fundamentais da Constituição Federal, a qual dispõe sobre um sistema processual penal acusatório.

26 PRADO, Geraldo. **Sistema Acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais**. 3. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2005. p. 73.

27 GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antônio Magalhães; FERNANDES, Antônio Scarance. **As Nulidades no Processo Penal**. 8ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

28 TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**, volume 1. 31. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 41.

Ainda sobre o clamor social e a livre manifestação dos cidadãos, salienta-se a coluna escrita por Lênio Streck²⁹ sobre “voz das ruas” e o valor da constituição, na qual indaga-se como em 30 anos de Constituição Federal, em muitas vezes a voz do povo ainda interfere na interpretação do Supremo Tribunal Federal³⁰ quanto aos dispositivos constitucionais de modo a tornar o Judiciário “dispensável”. Assim como, sustenta que entre o que a sociedade deseja e a Constituição, esta deve prevalecer.

Nesse sentido, “dispensar” o que diz o texto constitucional para dar atenção exclusiva ao anseio popular é decair na ideia de caracterizar aquele como um mecanismo residual. Em outras palavras, a exposição do cidadão é livre e o acesso às notícias também, todavia, deve haver um equilíbrio na medida que apesar da repercussão social “em cima” do magistrado, o mesmo não mude sua convicção para atender o que pedem “as vozes das ruas”.

Assim sendo, é inegável que há na sociedade o juiz como um internauta, logo, possui redes sociais, família, amigos e demais relações fora do processo criminal. Por isso, tendo em vista que não existe a figura da neutralidade do magistrado, o mesmo ao fazer parte da rede internacional da internet acompanha o clamor público e, assim, o que podem ser simples manifestações ou, melhor dizendo, livre exposições de pensamentos geram repercussões graves não só para o juiz, como também para o acusado. Este que, de acordo com o próprio texto constitucional, será(ria) considerado culpado somente após a sentença condenatória transitada em julgado, sendo observado o contraditório e ampla defesa durante toda instrução criminal.

7 CONCLUSÃO

O sistema processual penal acusatório garante a separação das funções da acusação e do julgador em pessoas distintas e não permite mais a postura do juiz como protagonista do processo. Assim sendo, a Constituição Federal de 1988 alicerçou direitos e garantias essenciais ao andamento de um processo penal democrático. Entretanto, percebeu-se que ainda há dispositivos inquisitoriais no Código de Processo Penal, cuja vigência é de 1941, tratando sobre a gestão das provas na mão do juiz, outras medidas necessárias também de ofício, entre outras

29 STRECK, Lênio. **Senso Incomum: Se Supremo deve obedecer à voz das ruas, qual o valor da Constituição?** Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-abr-28/observatorio-constitucional-stf-obedecer-voz-ruas-qual-valor-constituicao>. Acesso em: 30 ago. 2019.

30 Cabe destacar que não é objetivo da pesquisa tratar especificamente sobre os julgamentos do Supremo Tribunal Federal, tratando-se aqui apenas a título de exemplo de modo geral das decisões judiciais.

diligências que violam o contraditório e a ampla defesa das partes.

Nesse sentido, a imparcialidade e independência do julgador devem andar ao lado da separação de funções dos sujeitos do processo, não obstante que existam ainda em vigor dispositivos que permitam a atuação de um juiz-inquisidor, as garantias do acusado devem ser respeitadas, consoante respaldo constitucional.

Ante o cenário atual de crise e polêmicas jurídicas e políticas no País, a motivação judicial serve como instrumento ideal de fiscalização ao contraditório e ampla defesa pelas partes. Somente com a devida fundamentação jurídica é possível verificar se a postura do juiz no julgamento resultou propriamente do direito ou se houve alguma influência externa, por exemplo, “atender ao clamor público”. Essas interferências estranhas ao processo criminal baseiam-se desde simples conteúdos vinculados às notícias publicadas nas redes sociais que, inevitavelmente, têm propagação pública e imediata, até comentários e repercussões graves que violam os direitos individuais do acusado.

É evidente que não se quer coibir a manifestação nas redes sociais, justamente por ser um direito democraticamente consolidado pela Constituição Federal, cabe então ao magistrado diante de tais circunstâncias que hipoteticamente interferem nas suas decisões, julgar conforme os fundamentos do Direito Processual Penal correlacionado com o que dispõe o texto constitucional a fim de assegurar o efetivo sistema acusatório.

Em vista disso, já que o juiz deve ter sua postura de garantidor no processo criminal, nada impede sua figura como internauta, desde que o mesmo consiga filtrar as informações externas ao caso a decidir, sobretudo considerando as características de um sistema acusatório no processo penal.

REFERÊNCIAS

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Ônus da prova no processo penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

BAUMAN, Zygmunt. **Vigilância Líquida**. Edição digital. Rio de Janeiro: Zahar, 2013. p. 20.

BRASIL. **Constituição Federal**. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em 14 jun. 2019.

BRASIL. Decreto - Lei nº 3.689 de 03 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. In: **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília,

DF, 12 set. 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm. Acesso em: 14 jun. 2019.

CASTELLS, Manuel. **A sociedade em rede**. 6. ed. São Paulo: Paz e Terra S/A, 2005.

GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antônio Magalhães; FERNANDES, Antônio Scarance. **As Nulidades no Processo Penal**. 8ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

PRADO, Geraldo. **Sistema Acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais**. 3. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2005.

RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 21ª ed. São Paulo: Atlas, 2013.

STRECK, Lenio Luiz; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. **O que é isto – as garantias processuais penais?**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.

STRECK, Lênio. **Senso Incomum: Os filhos ou o café da manhã influenciam as decisões judiciais?** Revista Consultor Jurídico. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-jul-20/senso-incomum-filhos-ou-cafe-manha-influenciam-decisoes-judiciais>. Acesso em: 10 nov. 2019

STRECK, Lênio. **Senso Incomum: Se Supremo deve obedecer à voz das ruas, qual o valor da Constituição?** Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-abr-28/observatorio-constitucional-stf-obedecer-voz-ruas-qual-valor-constituicao>. Acesso em: 30 ago. 2019.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**, volume 1. 31. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

CONFISSÃO E COLABORAÇÃO PREMIADA: O CONFRONTAMENTO ENTRE OS INSTITUTOS E A POSSIBILIDADE DE TRATAR A CONFISSÃO COMO CAUSA GERAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA

Laís Zamberlan Harb¹

Bruno Seligman de Menezes²

RESUMO

O trabalho aborda a discussão acerca do valor probatório da confissão em meio à dosimetria da pena. Para tanto, foram analisados os benefícios garantidos em um acordo de colaboração premiada, já que estes são mais abrangentes que aqueles garantidos ao réu confesso. O confronto desses institutos gera discussões éticas que implicam na (re)avaliação quanto ao valor probatório de cada um deles. Diante da problemática, utilizou-se de pesquisa bibliográfica para verificar a possibilidade de tratar a confissão como causa geral de diminuição da pena, através de uma análise comparada com a Colaboração Premiada, prevista na Lei 12.850/13. Com essa finalidade, abordou-se, primeiramente, as características inerentes a cada instituto para, ao fim, comparar as peculiaridades de cada um deles. O estudo indica que há possibilidade de considerar o ato confesso como minorante genérica, levando-se em consideração os efeitos advindos da colaboração premiada e as características desse instituto.

Palavras-chave: Atenuante. Colaboração premiada. Confissão. Dosimetria da pena. Causa de diminuição de pena.

ABSTRACT

The article approaches the discussion about the probative value of confession regarding the dosimetry of the penalty. For that, the guaranteed benefits in an agreement of Plea Bargain were analy-

1 Acadêmica do 9º semestre do Curso de Direito da Universidade Franciscana (UFN) – Santa Maria/RS. E-mail: zamberlan.lharb@gmail.com

2 Mestre em Ciências Criminais (PUCRS). Especialista em Direito Penal Empresarial (PUCRS). Professor de Direito Penal e Processo Penal (FADISMA/UFN). Membro do IBCCRIM. Advogado Criminalista.

zed, as these are extension than those guaranteed to the confessed defendant. The confrontation of these institutes causes ethical discussions that imply the (re) evaluation about the probative value of each one of them. Faced the problem, a bibliographical research was used to verify the possibility of treating confession as a general cause of penalty reduction, through an analysis compared to the Plea Bargain, predicted in Law 12.850 / 13. For this, first, approached the characteristics inherent in each institute and finally compared the peculiarities of each one of them. The study indicates that there is a possibility of considering the confessed act as a generic minorant, taking into account the effects of the Plea Bargain and the characteristics of this institute.

Key-words: Attenuating. Plea Bargain. Confession. Penalty's dosimetry. Cause of penalty's reduction.

INTRODUÇÃO

O direito penal brasileiro adota o sistema trifásico de fixação da pena, conforme o artigo 68, do CP. Dentre os parâmetros e elementos a serem considerados nesse procedimento, o Código Penal Brasileiro traz a confissão como causa que atenua a pena, nos termos do artigo 65, III, *d*, do CP.

Em que pese a supracitada previsão legal, por vezes, o ato confesso poderá não gerar efeito prático para o réu que assumiu sua responsabilidade em juízo. Isso porque, foi consolidada, no entendimento jurisprudencial, através da edição da súmula 231, do STJ, a impossibilidade da redução da pena-provisória, se esta já estiver fixada no mínimo legal. Nesse sentido, no caso de o acusado confessar a prática do delito sem que tenha ele qualquer circunstância judicial em seu desfavor, não logrará nenhum benefício para si advindo da prática contributiva com a Justiça.

Posterior à edição da referida súmula, a Lei 12.850/13, ao tratar do instituto da colaboração premiada, em seu artigo 4º, conferiu diversos benefícios ao réu delator, dentre eles, inclusive, a redução de até 2/3 da pena privativa de liberdade.

Diante desse cenário, tendo em vista os significativos benefícios concedidos ao colaborador, surge a necessidade de se discutir acerca da classificação da confissão como atenuante, através de uma interpretação *in bonam partem*, buscando-se analisar a possibilidade de tratá-la como causa geral de diminuição

de pena.

Para que se chegasse a essa conclusão (ou não), primeiramente, buscou-se estudar o instituto da confissão, abordando a sua concepção, sua evolução histórica e tratamento dado pelo sistema jurídico brasileiro. Na sequência, deu-se ênfase no aprofundamento sobre as questões materiais e processuais da colaboração premiada. Por fim, através dos preceitos atinentes a cada instituto, buscou-se confrontá-los, levando-se em consideração o peso probatório e a carga ética de cada um deles, para que se pudesse concluir quanto à alteração da classificação do ato confesso.

Assim, o método de abordagem utilizado na pesquisa foi o dedutivo, já que se partiu de premissas gerais, discutindo-se acerca dos institutos da confissão e da colaboração premiada, para, a partir dessa análise, chegar à questão específica deste trabalho.

1 BREVE PANORAMA DA CONFISSÃO NO DIREITO PENAL BRASILEIRO

A dosimetria da pena é uma das fases mais importantes do processo penal. Afinal, é através dela que se fixará a penalidade do agente que teve o cometimento do crime reconhecido pela sentença penal condenatória.

Para a realização desse cálculo, o sistema jurídico brasileiro adota o procedimento trifásico. Na lei, há a delimitação dos fatores que serão analisados em cada etapa da fixação do *quantum* da sanção criminal.

Nessa operação, considerou o legislador a confissão do acusado como sendo um dos vetores a serem valorados no processo dosimétrico. O ato confesso do agente é considerado como atenuante, devendo ele ser analisado quando da fixação da pena provisória. A confissão sempre foi assim reputada, não tendo havido nenhuma mudança legislativa acerca de sua classificação.

Em que pese a pacificidade nessa questão, as posições jurisprudenciais e doutrinárias foram se alterando ao longo dos tempos, mudando-se a compreensão quanto às hipóteses de reconhecimento da referida atenuante.

Primitivamente, segundo Roberto Lyra, estaria configurada a atenuante da confissão quando o agente confessasse a prática do delito para a autoridade policial ou judicial, sendo a sua autoria desconhecida ou imputada a outrem. Nas palavras do autor, a atenuante restaria evidenciada na hipótese em que “a autoridade ignora a autoria ou a atribui a outrem.” (p. 400, 1978).

Com efeito, o próprio texto do artigo 48, da redação original do Código Penal, exigia expressamente, para a configuração da atenuante em questão, o desconhecimento, por parte das autoridades, quanto à autoria do confitente.

Assim, de acordo com essa antiga compreensão e redação da lei, o ato confesso merecia reverência nas decisões judiciais quando da aplicação da pena, desde que o Poder Judiciário ou a polícia não tivessem conhecimento sobre a autoria do confitente. Não havia nenhuma outra exigência para que se efetuassem a redução da pena, senão este. Por isso, não interessava a motivação do autor do crime ao assumir a sua responsabilidade pelo fato delituoso. É o que ensina Roberto Lyra:

Não é preciso que a confissão seja completa, como prescreve o Código dinamarquês, contendo-se o legislador com a revelação da autoria, desconhecida ou atribuída a terceiro. (...)

Não é necessária indagação sobre (sic) os móveis da confissão, concedendo-se a atenuante, quer o agente se apresente por temer a descoberta da autoria ou a justa imputação, quer pelo sincero arrependimento e pela ânsia de sofrer a reação defensiva da sociedade” (1978, p. 400)

Nesses termos, segundo o mesmo doutrinador, o fundamento justificador da benesse concedida ao agente confesso tinha íntima ligação com o interesse do Estado em não incorrer em erro judiciário quando da sua atuação na punição das condutas delitivas.

Tal concepção foi modificada e, atualmente, a atenuante da confissão tem maior abrangência. Hoje, o ato confesso passível de valoração não necessita mais que o seu confitente seja desconhecido no âmbito do processo penal ou ato administrativo que apura o fato delitivo. Agora, para o reconhecimento da confissão, basta que o autor do crime assim se determine perante a autoridade. Sobre a hodierna compreensão quanto a o que se entende por ato confesso, ensina Salo de Carvalho:

Com a reforma de 1984 a simples confissão da autoria do crime é suficiente para a atenuação da pena, mesmo que o delito já tenha sido formalmente imputado ao confidente, por ocasião da investigação policial (indiciamento) ou da propositura da ação penal (denúncia ou queixa-crime). (2013, p. 423 – 424)

Assim, com a reforma de 1984, não mais importa se a autoria, anteriormente à confissão, era desconhecida ou imputada a outrem, bastando que dela se utilize o confitente para contribuir na formação do convencimento do juízo. Nesse toar, percebe-se que, além do interesse do Estado em não incorrer em erro,

a nova concepção dada para a atenuante em questão também leva em consideração a segurança que o Poder Judiciário tem para prolatar a sentença condenatória em desfavor de quem admitiu a autoria do crime.

Destaca-se que essa contemporânea percepção foi contemplada pela edição da Súmula 545, do STJ, segundo a qual será reduzida a pena sempre que a confissão for utilizada como argumento para a condenação. Veja-se que os precedentes jurisprudenciais³ que levaram à publicação dessa súmula reconhecem como ato confesso a assunção da culpa pelo seu autor, ainda que parcial e que dela tenha se retratado em momento posterior.

Acrescenta-se, ainda, que a narrativa dos fatos de forma diferente daquela constante na denúncia também serve para atenuar a pena aplicada. Esta é denominada confissão qualificada, já reconhecida pelo sistema penal brasileiro. Segundo Salo de Carvalho:

Importante referir que a condição da autoria do fato não implica, necessariamente, a confissão do delito imputado. Significa dizer que é aplicável a atenuante mesmo nos casos em que o acusado confessa ser o autor do fato, mas nega que a conduta imputada constitua crime – p. ex., réu alega, na sequência da confissão, que agiu amparado por causa legal ou supralegal de exclusão da tipicidade, da ilicitude ou da culpabilidade (2013, p. 425).

Necessário frisar que não interessam os motivos que levaram o confitente ao ato confesso, bastando que este seja espontâneo⁴. Nesse sentido, leciona Celso Delmanto: “[...] não importa o motivo que levou o agente a confessar a autoria (arrependimento, propósito de se beneficiar em futura condenação etc.)” (2016, p. 283). Da mesma forma, é o que ensina Salo de Carvalho: “[...] não é necessário para a incidência da atenuante o arrependimento. Aliás, os motivos que levam o sujeito a confessar a prática do delito são irrelevantes, bastando que a confissão seja espontânea.” (2013, p. 424)

A partir do estudo sobre a conceituação de ato confesso e os caracteres necessários para a sua configuração, percebe-se que, com o decorrer dos tempos, não houve mudança significativa na essência do instituto. Afinal, desde os entendimentos primordiais, a confissão é entendida como a assunção de responsabilidades perante a autoridade.

A diferença crucial entre os entendimentos tradicional e atual reside na

3 HC 310569 SP. Refere-se que, por sinal, de acordo com os precedentes AgRg no Resp 1412043 MG e HC 201797 SP, há expressa menção de que não importa, para fins de conhecimento da atenuante da confissão se o ato foi espontâneo, como doutrinariamente defendido.

razão pelo que se concede benefício ao réu confesso. Primeiramente, o reconhecimento da atenuante pressupõe que, na ausência da confissão, o Estado poderia incorrer em erro judicial. Então, o elemento justificador da concessão da atenuante estava mais ligado à possibilidade de falibilidade da atuação estatal quando da apuração do fato delitivo. No entanto, atualmente, a ignorância pelo Poder Judiciário ou pela polícia quanto à autoria do agente confesso não é mais elemento fundante da concessão da benesse. Nessa linha, no hodierno entendimento, o elemento justificador para o reconhecimento da atenuante em questão é a confiança do julgador em prolatar decisão justa, já que condena aquele que confessou a sua atuação no fato delitivo.

Além da compreensão a confissão pelo viés de direito material, ainda é possível que se discuta o instituto a partir da perspectiva processual. Até 2008, o interrogatório era o primeiro ato da instrução. Nesse contexto, o ato confesso partia da vontade mais genuína do acusado, já que, até esse momento processual, não se sabia em que sentido andaria a prova do processo, se em favor do réu ou não. No entanto, a partir de 2008, o interrogatório do acusado passou a ser o último ato da instrução. Desse modo, o ato confesso se apresenta, de forma mais preponderante, como estratégia de defesa propriamente dita.

A referida mudança legislativa faz relativizar a espontaneidade como requisito necessário ao reconhecimento da atenuante. Isso porque, o ato confesso realizado somente depois de toda a instrução probatória, ao ser utilizado como estratégia de defesa, pressupõe a orientação do defensor do confitente para que este proceda com a confissão. Assim, esta, atualmente, não necessariamente seja um reflexo da vontade íntima do réu, mas pode também ser fruto de intervenção do seu advogado, ao atender os melhores interesses de seu cliente.

Superada a análise quanto ao que se entende por confissão e a sua classificação dentro do sistema jurídico brasileiro, passa-se a discussão acerca do valor em que deverá se operar a redução quando da aplicação da em questão.

O texto repressivo brasileiro não indica a quantidade em que deverá ser diminuída a sanção criminal quando do reconhecimento de uma das atenuantes. Dessa forma, a jurisprudência pacificou o entendimento de que a redução deve ocorrer no patamar máximo de 1/6 da pena-base, já que diminuições além desta fração fariam com que as atenuantes se equiparassem às minorantes em termos quantitativos. É nesse sentido o ensinamento de Salo de Carvalho:

[...] a doutrina e a jurisprudência são praticamente pacíficas no sentido de que o valor de acréscimo ou de diminuição não deve ultrapassar 1/6 da pena-base

aplicada. A determinação da quantidade da 1/6, máximo de agravamento ou atenuação admitido, decorre de uma leitura sistemática das circunstâncias legais de aplicação da pena, pois este valor (1/6) é o valor mínimo de aumento ou de diminuição atribuído legalmente às majorantes e minorantes [...]. O argumento, que no caso se demonstra razoável, é o de que se conferido às agravantes ou atenuantes um valor acima de 1/6 estar-se-ia igualizando as circunstâncias da segunda e da terceira etapa da determinação da pena [...] (2013, p. 435 – 436)

Entretanto, com a edição da Súmula 231, do STJ, nem sempre as atenuantes serão valoradas, já que, segundo o seu texto, a pena provisória não poderá ser reduzida aquém do mínimo legal cominado. Dessa forma, por vezes, o ato confesso não gera nenhum benefício o acusado confitente, que apenas sofrerá a imposição da tão grave reprimenda penal.

Diferente é o que acontece com as reduções operadas na terceira fase da dosimetria da pena. Nessa última etapa do cálculo, não há a incidência da referida súmula e, por isso, se evidenciada a hipótese legal de causa de diminuição de pena, deverá operar-se a redução independentemente do fato de a pena provisória encontrar-se fixada no mínimo legal cominado.

Nesse contexto, em termos genéricos, a aplicação da Súmula 231, do STJ, nos casos concretos sofre críticas pela doutrina. Sobre a problemática, sustentam Pacelli e Callegari:

Note-se que, em princípio, tanto as chamadas atenuantes e agravantes quanto as denominadas causas de aumento e diminuição (majorantes e minorantes) dizem respeito ao mesmo universo das circunstâncias que incidem, ou sobre o agente ou sobre a vítima, ou, ainda, sobre os fatos criminosos (modo de execução, motivação, consequências etc), mas não sobre elementos típicos propriamente ditos. Ou seja, não há diferença radical ou mesmo conceitual sobre tais circunstâncias ou causas, tudo dependendo do tratamento legislativo que se tenha reservado a umas e outras. [...] (2015, p. 484)

Portanto, percebe-se que a classificação tradicionalmente adotada pelo legislador brasileiro quanto à confissão, somada ao entendimento sumulado pelo STJ, levam a um menor resultado prático para réu confesso, sendo questionável essa categorização adotada pelo ordenamento pátrio, principalmente, após o reconhecimento e aplicação, no sistema jurídico brasileiro, do instituto da colaboração premiada.

2 A COLABORAÇÃO PREMIADA NO CONTEXTO DA LEI 12.850/13.

A prática negocial, dentro do Direito brasileiro, não é novidade. No ramo civil, as negociações, como meio alternativo à adoção do processo judicial, são comumente verificadas através da realização de acordos entre as partes interessadas. Da mesma forma, no Direito Penal, a realização de acordos não é prática desconhecida. Há tempo que esse ramo já aplica, em meio aos processos criminais, institutos como a composição de danos civis, a suspensão condicional do processo e da pena e a transação penal.

Ao lado dessas práticas negociais, é prevista, ainda, no ordenamento pátrio, a colaboração premiada, que, atualmente, vem sendo muito utilizada nos processos de investigações que alcançam níveis nacionais.

O referido instituto é previsto em diversas leis penais, que tratam de diferentes temas específicos. A colaboração premiada encontra respaldo na Lei 8.072/90 (Lei dos Crimes Hediondos), Lei 7.492/86 (Lei dos Crimes contra o Sistema Financeiro), Lei 8.137/90 (Lei dos Crimes Tributários), Lei 9.807/99 (Lei de Proteção à Vítimas, à Testemunhas e a Colaboradores) e na Lei 11.343/06 (Lei de Drogas).

Em que pese o leque de diplomas legais que trazem regramentos sobre a colaboração premiada, é só na Lei 12.850/13 (Lei de Organizações Criminosas) que há a maior completude do tema, tanto em termos processuais quanto em termos materiais. Nesse sentido:

[...] pode-se afirmar que, a partir da Lei de Organizações Criminosas e da figura da colaboração premiada por ela regulamentada, está-se diante de um modelo processual desde antes já presente no Brasil, mas de um instituto que inova quanto ao seu detalhamento legal e quanto aos seus efeitos práticos que, mesmo em pouco tempo de existência, tantos reflexos têm provocado nos diversos setores do mundo jurídico. (CALLEGARI e LINHARES, 2019, p. 19)

Segundo o entendimento do Supremo Tribunal Federal, a colaboração premiada é um negócio jurídico processual, de que são partes o acusado colaborador e o Ministério Público ou Delegado de Polícia. Através do acordo, o primeiro se compromete a fornecer informações ao Estado de maneira que facilite a apuração de delitos e seus autores ou partícipes, em contrapartida do oferecimento de benefícios por parte do agente estatal.

Como negócio jurídico que é, destaca-se ser necessária a verificação de requisitos para que seja o acordo existente, válido e eficaz no mundo jurídico.

Quanto aos pressupostos de existência, não há maiores discussões no campo teórico e jurisprudencial, elucidando André Callegari e Raul Linhares (2019) que tais são: o relato do colaborador, as condições da proposta pelo Ministério Público ou Delegado de Polícia, a declaração de aceitação do colaborador e seu defensor, a assinatura de todas as partes que estão a negociar e a especificação das medidas de proteção ao colaborador e a sua família (todos estes esculpidos no artigo 6º, da Lei 12.850/13).

Verificados tais pressupostos, passa-se à análise quanto à validade do negócio jurídico processual em questão. Basicamente, válido será o acordo quando verificada a voluntariedade do acusado em se dispor para prestar as informações necessárias à investigação. Segundo André Callegari e Raul Linhares “a voluntariedade pode ser lida como vontade legítima do agente colaborador, desprovida de vícios, manifestada em relação à própria colaboração premiada em seu todo [...]” (2019, p. 30). Na sequência, elucidam os autores que esse elemento tem, verdadeiramente, correspondência com o esclarecimento, por parte do acusado, de todos os termos do acordo e das consequências que dele podem advir.

Diferente do instituto da confissão, verifica-se que a exteriorização da vontade do colaborador deve ser voluntária. Nesse sentido, ensinam Heráclito Mossin e Júlio Mossin:

[...] nada impede para efeito de reconhecimento da validade da delação, que essa seja provocada, seja estimulada, incitada por terceiros. Aliás, plenamente válida é a entrega de outros companheiros do crime quando orientada pelo defensor do indiciado ou acusado. Isso porque, pode ser de conveniência da defesa a aquisição do prêmio prometido pelo legislador. Essa provocação, em linhas gerais, não retira o condão da voluntariedade do ato delatório, posto que ele será levado a efeito de maneira voluntária. Ora, o delator seguirá a provocação de terceiros se assim o desejar. Na incitação, obviamente, não existe ato coativo. (2016, p. 163)

No mesmo sentido, Cezar Roberto Bitencourt refere que:

A delação premiada deve ser produto da livre manifestação pessoal do delator, sem sofrer qualquer tipo de pressão física, moral ou mental, representando, em outras palavras, intenção ou desejo de abandonar o empreendimento criminoso, sendo indiferentes as razões que o levam a essa decisão. Não é necessário que seja espontânea, sendo suficiente que seja voluntária [...] O móvel, enfim, da decisão do delator – vingança, arrependimento, inveja ou ódio – é irrelevante para efeito de fundamentar a delação premiada. (2014, p. 119)

Desse modo, conclui-se que, para que seja válido o acordo de colaboração premiada é fundamental que a manifestação do acusado seja resultado de opção

sua, que preferiu por prestar informações ao Estado em detrimento do seu direito ao constitucional ao silêncio. Não interessa, nesses termos, se a ideia de se aderir ao procedimento da delação foi sugerida por terceiro (Ministério Público, Delegado de Polícia ou defensor do acusado), contanto que esse estímulo não caracterize qualquer tipo de coação.

A análise quanto à voluntariedade será verificada no momento da homologação feita pelo Poder Judiciário, conforme §7º, do artigo 4º, da Lei 12.850/13. A partir de então, se atestará a possibilidade de o acordo ser considerado eficaz no meio jurídico. Salienta-se que, na prática forense, tem se realizado audiência para aferir a vontade do colaborador, de forma a dar maior segurança ao juiz quanto a esse elemento indispensável à validade do negócio.

Destaca-se que a participação do magistrado, em meio ao acordo, limita-se a verificação da regularidade, legalidade e voluntariedade do ato, segundo o supracitado dispositivo, sem que das negociações faça parte, conforme artigo 4º, §6º, da Lei 12.850/13.

Esta decisão homologatória rendeu discussões no Supremo Tribunal Federal, no que diz respeito aos efeitos desse ato jurisdicional. No julgamento da Questão de Ordem na Petição nº 7074, sedimentou-se o entendimento de que a homologação do acordo é meio necessário a dar segurança jurídica aos pactuantes, que terão a certeza de que aquilo que foi pactuado está apto a produzir seus efeitos no momento oportuno. No entanto, desatacaram os Ministros que tal eficácia fica condicionada à extensão da colaboração do acusado, dentro do contexto de provas, sendo plenamente possível que se reavalie a validade do acordo, em momento posterior a homologação, caso se tenha notícia de fato superveniente que venha a afetá-lo.

Em sede doutrinária, destacam Heráclito Mossin e Júlio Mossin que a decisão homologatória produz “efeito de ordem formal e jamais de mérito, porquanto somente em sede de pronunciamento jurisdicional é que os termos da avença homologados e sua eficácia serão examinados para ser expedida a sentença (§11º).” (2016, p. 189). Nessa mesma linha, destaca Marcos Paulo Dutra Santos (2016) que nem haveria meios para que o juiz, no momento da homologação, avaliasse o mérito do acordo (ou seja, a adequação ou não do prêmio estipulado), uma vez que os fatos narrados pelo acusado sequer foram investigados ainda.

Homologado o acordo, poderá ele produzir efeitos. De acordo com o artigo 4º, da Lei 12.850/13, as consequências do cumprimento daquilo que fora avençado poderão ser: a concessão do perdão judicial, a redução em até 2/3 (dois

terços) da pena privativa de liberdade ou a sua substituição por restritiva de direitos. A adoção por um desses efeitos terá ligação com os resultados que advêm da delação procedida pelo réu. Nas palavras de Salo de Carvalho e Camile Eltz de Lima “os critérios de fixação da extensão do direito são correspondentes ao grau de colaboração” (2009, p. 133).

Outra questão relevante a ser destacada no que diz respeito à colaboração premiada é a constitucionalidade do instituto. Ao discutir sobre o tema, afirma Marcos Paulo Dutra Santos (2016) que essa prática negocial encontra respaldo constitucional, assim como também encontram o arrependimento posterior, a desistência voluntária e o arrependimento eficaz. Argumenta o doutrinador que todos esses institutos (inclusive o da colaboração premiada) representam a busca do acusado pela remediação das consequências do ilícito, não havendo motivos para dar tratamentos diversos a estes.

No entendimento de Marcos Paulo Dutra Santos (2016), a discussão sobre a constitucionalidade da colaboração premiada recai muito mais no campo ético do instituto (já que as arguições nesse sentido se fundam na traição do delator em relação ao seu comparsa), do que propriamente em vício material da lei que o regulamenta. Nessa linha, destaca o autor:

A argumentação conducente à inconstitucionalidade da colaboração premiada revela um desacordo moral e ético, que, por si só, não a torna inconstitucional. [...] Direito e Moral, Direito e Ética não são categorias justapostas. O ideal de *justo*, no Direito, dialoga intensamente com a segurança e igualdade material – tratar desigualmente desiguais na medida em que se desiguam -, valores de aferição mais objetiva, desaguardando em regras e institutos que estão longe de representar uma unanimidade moral ou ética, até porque essas duas grandezas são de cunho muito subjetivo, praticamente “consumo interno” de cada um, com poucas zonas de consenso. (2016, p. 72)

Diferente é a posição de Jacinto Coutinho para quem “[...] é indubitosa a inconstitucionalidade da delação premiada. E assim o é porque há ferimento inadmissível à regra do devido processo legal. Há, nas modalidades praticadas, pena sem processo, de todo inadmissível.” (2006, p. 9).

Esse entendimento é fundamentado por Coutinho (2016) através, principalmente, da ausência de contraditório e pelo fato de a prova estar sob a ingerência do Estado-Juiz. Nessa linha, Coutinho traz o instituto da colaboração premiada como elemento a corroborar a sua posição, referindo que “a gestão da prova continua nas mãos do juiz, tanto que é preciso que ele decida sobre o pactuado e, por um lado, homologue o acordo.” (2006, p. 8).

Ainda que sem serem explícitos, Heráclito Mossin e Júlio César Mossin argumentam que há um descompasso entre a Constituição e a colaboração premiada, porque há “[...] quebra de uma regra rígida da instituição que sempre foi a obrigatoriedade na promoção da ação penal, nos termos do artigo 24 do Código de Processo Penal, cujo verbo “será” é implicativo do princípio da legalidade ou da obrigatoriedade.” (2016, p. 177).

Em pese as pertinentes discussões sobre o constitucionalidade do instituto, certo é que não há nenhuma manifestação judicial retirando a colaboração premiada do sistema jurídico, motivo pelo que continua sendo regularmente aplicada aos processos penais. E constitucional como é, torna-se necessário que se debata acerca do valor probatório da colaboração premiada.

Nesse ponto, insta salientar que é pacífico o posicionamento no sentido de que o acordo de colaboração representa somente um meio de obtenção de prova, mas não o meio de prova propriamente dito. É por isso que a delação, por si só, não é capaz de levar a condenação das pessoas delatadas. Melhor elucidando a questão, apontam André Callegari e Raul Linhares:

O meio de obtenção de prova, diferentemente do meio de prova, não oferece ao julgador resultantes probatórias utilizáveis diretamente para fundamentar as suas decisões, já que se constitui em instrumento de colheita de prova aptos a essa função – esses sim de possível utilização direta no convencimento e na motivação das decisões. (2019, p. 36)

Sobre o tema, sustentam Heráclito Mossin e Júlio César Mossin que “não pode o magistrado, em sede de sentença se louvar unicamente “nesse meio de prova”, para dirimir o litígio, que, indiscutivelmente deveria ser no sentido de acolher a pretensão punitiva” (2016, p. 213). Afinal, se assim fosse estaria se esvaziando o dever probatório do Ministério Público, já que apenas com a delação (conduta tomada pelo acusado, sobre quem recai a presunção de inocência) ter-se-ia o conjunto probatório necessário para a prolação de decreto o condenatório.

Os motivos que levam a esse menor (senão, nulo) valor probatório da colaboração premiada também têm ligação com questões de cunho subjetivo, como a menor confiança naquilo que está sendo contado pelo colaborador, tópico que será melhor abordado no próximo capítulo.

Desse modo, a delação feita pelo acusado apenas se presta a indicar demais possíveis autores da prática delitiva, bem como as infrações por esses agentes cometidas, restando a incumbência de busca de elementos a corroborarem o que

foi trazido pelo colaborador ao órgão acusador.

3. APROXIMAÇÕES CRÍTICAS ENTRE A CONFISSÃO E A COLABORAÇÃO PREMIADA: EM BUSCA DA PENA ADEQUADA

Analisados separadamente os institutos da confissão e da colaboração premiada no sistema jurídico brasileiro, cumpre, por fim, confrontá-los com o fito de se averiguar a possibilidade de dar tratamento diverso àquele, conferindo-se, assim, maiores benefícios ao réu confesso.

Como referido no tópico anterior, se não há nenhuma declaração de inconstitucionalidade quanto à adoção da colaboração premiada em meios aos processos criminais, de outro modo, existem inúmeras críticas, por parte dos doutrinadores brasileiros, quanto à confiabilidade dos relatos dados pelo réu delator.

Essa maior desconfiança tem ligação, de acordo com Cezar Bitencourt, à característica inerente à delação premiada, que pressupõe a traição do réu delator com relação aos seus comparsas. Na visão do doutrinador, essa condição, por si só, já limita a segurança quanto àquilo que é relatado pelo colaborador. Nas palavras do autor:

[...] é, no mínimo, arriscado apostar em que tais informações, que são oriundas de uma traição, não possam ser elas mesmas traiçoeiras em seu conteúdo. Certamente aquele que é capaz de trair, delatar ou denunciar um companheiro movido exclusivamente pela ânsia de obter alguma vantagem pessoal, não terá escrúpulos em igualmente mentir, inventar, tergiversar e manipular as informações que oferece para merecer o que deseja. (2014, p. 117)

Da mesma forma, apesar de se posicionar contra a inconstitucionalidade do instituto, Marcos Paulo Dutra Santos argumenta que há uma carga desvalorativa na conduta do acusado que escolhe por delatar os seus companheiros da prática delituosa, referindo que:

[...] o atuar do delator revela-se o mais repugnante de todos, pois, além de ter atentado contra a ordem jurídica e, por conseguinte, contra a sociedade, considerando o crime perpetrado, volta-se contra os próprios comparsas, protagonizando dupla traição: primeiramente, trai o pacto social que, enquanto cidadão, também assinou; em seguida, trai os corréus, violando o pacto criminoso que firmaram. (2016, p. 69)

Desse modo, percebe-se que a desconfiança quanto aos relatos do colaborador, apresenta-se intimamente ligada à personalidade e ao caráter do acusado. Veja-se que, ao delatar o corréu, o acusado delator quebrou a relação tida com

seus comparsas, que, diga-se de passagem, deveria ser a mais fiel. Isso porque ninguém pactua o cometimento de um delito, senão com aqueles de quem se supõe a proteção recíproca quanto às informações da autoria, a fim de que o crime não seja apurado e punido. Nesse contexto, não há motivos para que o delator tenha a total confiança por parte de Estado, se a relação entre os criminosos, mais forte que a destes com o agente estatal, já fora relativizada.

Aliás, menor ainda deve(ria) ser a credibilidade depositada pelo Estado naquilo que é trazido pelo réu. Ora, o acusado, ao trazer informações a indicarem elementos do crime, não deixa de ter participado da empreitada criminosa, tanto quanto aqueles que veio a delatar. Nessa linha, afirma-se que a realização de uma colaboração por parte do réu não faz com que desapareça a quebra da confiança em relação ao Estado (entendendo-se esta como a própria transgressão à lei), anterior a qualquer traição da própria organização criminosa. Afinal, remetendo-se a Marcos Paulo Dutra Santos (2016), o cometimento do delito já se apresenta como uma ruptura em relação à própria sociedade. Então, não há motivos para, nesse momento processual, ser depositada, no delator, toda a confiabilidade por parte do agente estatal, se antes disso, aquele já se mostrou contrário aos ditames da harmonia social.

Salo de Carvalho e Camile Eltz Lima destacam que “ao demandar auxílio do criminoso, em face do flagrante déficit de inteligência na investigação, é reconhecida a falência do poder estatal no controle da criminalidade.” (2006, p. 134). Desse modo, na visão dos autores, a adoção da colaboração premiada como forma de solucionar o caso penal não necessariamente reflita a credibilidade depositada pelo Estado no réu delator, mas, na verdade, apenas transparece a ineficiência da atuação estatal na busca por provas condenatórias.

Ao lado do caráter do acusado, que optou pela traição dos comparsas, fazendo-se contaminar a credibilidade de seus relatos, a concessão de benefícios tão significativos ao réu delator também aumenta a probabilidade de que se realize uma colaboração não necessariamente conexa com a verdade dos fatos. Na posição de Cezar Bitencourt:

[...] o estímulo às benesses enfraquece ainda mais o compromisso para com a verdade, podendo fazer com que, por exemplo, aquele que nada tenha a delatar, invente implicações contra um terceiro, com o fito de obter benefícios para si próprio. (2014, p. 137)

Em mesmo posicionamento, lecionam Heráclito Mossin e Júlio Cesar Mossin, para quem o objetivo do acusado não é a ilusória colaboração com a

justiça, mas a aferição de prêmio que minore, significativamente, a penalidade a ser aplicada. Em suas palavras:

É de indubitável avaliação que não se pode conferir credibilidade plena no comportamento do “colaborador” no ato de “entrega” de seus comparsas, muitas vezes feitas no intuito exclusivo do benefício próprio, equidistante daquilo que é verdadeiro, principalmente quando ele se retrata. Deve haver grande precaução e comedimento nesse sentido. (2016, p. 201)

Nesse ponto vale salientar que Jacinto Coutinho e Edward Carvalho (2007) destacam que é perfeitamente possível que o acusado não traga todas as informações de que tem conhecimento, ocultando a autoria de certas pessoas que não interessem em sua estratégia de defesa.

A questão que diz respeito à percepção de benefícios do colaborador implica necessariamente em uma discussão ética sobre o instituto. Isso porque, o acusado delator auferir vantagem para si, em detrimento do prejuízo dos demais comparsas – notadamente, a condenação. Sobre esse ponto, Salo de Carvalho e Camile Eltz de Lima referem que o delator “invariavelmente intenta eximir-se ou minorar sua responsabilidade, atribuindo-a a outrem” (2009, p. 135).

Assim, percebe-se que a colaboração premiada recebe ferrenhas críticas, tanto em relação à confiança dos relatos trazidos pelo acusado, quanto em relação aos preceitos antiéticos que contaminam o instituto.

Inobstante toda essa reprovação da conduta do acusado, o ato de delatar os comparsas gera a possibilidade de percepção de benesses tão grandiosas, como no capítulo anterior destacado. De forma diametralmente oposta, a confissão do acusado pode não sortir nenhuma consequência prática na pena aplicada ao confitente, forte o disposto na Súmula 231, STJ.

No entanto, é notório que o ato confesso se demonstra mais aceitável, em termos éticos, do que a colaboração premiada, já que, ao prestar seu depoimento, o denunciado, tão somente atribui responsabilidades penais para si próprio.

Veja-se que há uma incongruência dentro do sistema penal brasileiro. Ora, nos termos legais, concedem-se prêmios ao réu delator, que se esquivava de uma reprimenda penal mais gravosa e compatível com o fato por ele praticado, indicando a autoria de terceiros e, por isso, prejudicando-os, ao passe que, ao réu confitente, é assegurada somente uma redução de pena de, no máximo, 1/6 da pena-base, inobstante a assunção de responsabilidades somente para a sua própria pessoa. E isso apenas se a sanção já não estiver fixada no mínimo legal, situação em que nenhum benefício terá o acusado confesso.

Salo de Carvalho e Camile Eltz Lima destacam que a confissão e a colaboração premiada possuem “idêntica natureza penal (causa especial de redução da pena)” (2006, p. 136), além de ambos refletirem a atribuição da autoria do fato, de modo que resta injustificado o tratamento desigual dado aos institutos. Acrescentam os autores que, na verdade, seria necessário que “os efeitos da confissão fossem mais benéficos que os da delação, pois nesta há assunção de responsabilidade e naquela, isenção.” (2006, p.136).

Em verdade, ao que tudo indica, a justificativa para a concessão de prêmios ao acusado delator de forma muito mais significativa do que a benesse assegurada ao réu confesso deve-se ao conjunto probatório que acompanha os relatos do colaborador.

No entanto, não pode se perder de vista que, por maior que seja o arsenal de provas colhidas a partir da colaboração realizada, é evidente que estas não refletem nada mais que a própria obrigação legal do Ministério Público imposta pelo sistema jurídico brasileiro, de modo que esta jamais pode ter ligação com o motivo a ensejar a concessão da benesse ao acusado. Com ou sem o relato inicial do réu, haveria a atuação ministerial diligenciando na busca da prova, caso contrário sequer uma condenação poderia ser proferida.

A concessão de benesses em favor do réu delator busca agraciar a conduta do próprio denunciado, dissociada de qualquer atuação ministerial, que optou por relatar os fatos de (pelo menos, em tese) seu conhecimento em juízo.

A produção probatória nos processos em que se adota o procedimento da colaboração premiada, na verdade, se apresenta somente como uma condicionante à eficácia do negócio jurídico processual realizado. Afinal, apenas será percebido o benefício premial se houver prova cabal a confirmar as alegações do acusado (que originariamente padecem de confiança pelos motivos inicialmente expostos).

Nessa linha, conclui-se que as declarações do delator são o elemento que justifica a previsão legal dos benefícios, ao passo que o acervo probatório que delas advém serve somente para autorizar a concessão dos prêmios pactuados.

E, sendo as informações prestadas o embrião da colaboração premiada, são elas que devem ser tidas como parâmetros para a comparação que busca se fazer com relação às benesses decorrentes do ato confesso.

Ocorre que, como já demonstrado, os relatos do colaborador são recheados de pontos que causam desconfiança por parte do agente estatal. Aliás, a própria

Lei 12.850/13 explana, em seu artigo 4º, §16, a vedação de prolação de condenação com base apenas em depoimentos dados pelo delator. Ora, se não houvesse qualquer objeção às declarações dadas pelo colaborador, não haveria motivo para a referida previsão do legislador.

Diferente é o que ocorre com relação ao depoimento dado pelo réu confesso, que, por diversas vezes, acaba sendo o motivo mais forte na fundamentação da decisão condenatória do magistrado. Constatam-se a maior credibilidade depositada na confissão quando se depara com a quantidade de sentenças que condenam o réu confesso com base no seu depoimento. Por mais que esse meio de prova não seja tido como “a rainha das provas”, é notório que, diante de uma confissão, o julgador avalia esta como premissa verdadeira, buscando, posteriormente, os elementos que confortam a posição adotada na sentença.

Além de tudo, também percebe-se que o tratamento desigual dado para a colaboração premiada e para a confissão ainda encontra problemas se levada em consideração a função da penalidade criminal e o Princípio da Individualização da pena. Sabe-se que a função da sanção penal é de regenerar o indivíduo. O supracitado preceito, por sua vez, busca garantir que a pena aplicada ao agente seja condizente com o fato perpetrado e com as suas características pessoais. Aglutinando ambas as premissas, conclui-se que, para que haja a regeneração do delinquente, é necessária a fixação de pena individualizada.

Inobstante essas garantias trazidas pela teoria do Direito Penal, nota-se que o instituto da colaboração premiada dificulta que sejam atingidas as finalidades precípuas da imposição da pena ao agente, contornando-as, já que, ao colaborar, o acusado ou se isenta ou recebe pena muito menor do que aquela que seria proporcional ao fato praticado.

Diferente é o que ocorre com o tratamento diverso que pretende se dar à confissão. Reclassificando o ato confesso como causa geral de diminuição de pena, se busca efetivar a individualização da pena do acusado que arca com todos os ônus da sanção criminal. É incongruente que o confitente assumam a sua responsabilidade perante o Estado e, ainda assim, tenha de cumprir penas, por vezes, maiores que a que cumpria um colaborador, se feito um cálculo de proporcionalidade entre ambos os casos.

Apesar dos inúmeros pontos que colocam a colaboração premiada em patamar abaixo, em termos morais, éticos e probatórios, que a confissão, denota-se que o sistema jurídico brasileiro ainda melhor valora o primeiro instituto.

Em que pese a não alteração legislativa quanto à aplicação dos institutos e ao seu *quantum* reducional, a doutrina já se ocupa da problemática, se posicionando no sentido de que é imprescindível que se readeque o tratamento dado para a confissão, posto que a colaboração premiada, instituto espúrio em termos éticos, favorece de forma muito mais abrangente o colaborador.

Nesse sentido, se manifesta Celso Delmanto:

Ao nosso ver, a confissão deveria ser melhor tratada pelo legislador mesmo, porque, de maneira como se encontra disciplinada (uma mera circunstância atenuante que, na opinião da jurisprudência majoritária, não permite a redução da pena abaixo do mínimo), traz, na prática, nenhum ou quase nenhum benefício ao acusado. Acreditamos que seria salutar para o próprio sistema que a confissão fosse tratada, em reformulação legislativa, como *uma causa geral de diminuição de pena*, reduzindo-a, por exemplo, de um sexto a um terço. Aliás, o legislador já tem caminhado nessa direção ao tratar da chamada “colaboração” ou “delação premiada”, a qual exige, contudo, não só a confissão, como também a efetiva colaboração com as autoridades [...] (2016, p. 283 e 284)

Salo de Carvalho, em mesma linha, defende que:

[...] possível minimizar os efeitos do tratamento desigual dos institutos por meio de uma interpretação conforme a Constituição, que atribua, via analogia, à confissão o mesmo efeito penológico previsto para a delação. Assim, ao invés da confissão atuar como atenuante, seria capacitada como uma causa especial de diminuição de pena, com a incidência de redução de 1/3 a 2/3 na pena provisória. (2013, p. 426, 427)

Desse modo, percebe-se a confissão e a colaboração premiada encontram seus pontos de semelhança e de diferença, sendo que, a partir deles, se torna possível a discussão acerca da classificação do ato confesso dentro do sistema penal brasileiro.

CONCLUSÃO

Através da análise comparada que se fez sobre os temas basilares da pesquisa, concluiu-se pela possibilidade de conferir melhor tratamento ao ato confesso, reclassificando-o, dentro do Código Penal, como causa geral de diminuição de pena. Essa medida legislativa se mostra, mais do que possível, necessária, quando levados em consideração os benefícios advindos da realização de uma colaboração premiada.

Veja-se que, na origem, os institutos buscam agradecer o réu que trouxe informações a Juízo, seja porque delatou seus comparsas, ou porque assumiu sua

própria culpa perante a autoridade. Nessa linha, se verifica a idêntica função do ato confesso e da colaboração premiada para o Estado.

Apesar de a doutrina tradicional e o texto legal referirem que o ato confesso é espontâneo, restou claro que, atualmente, a voluntariedade já basta para que seja concedida a atenuação da pena ao réu. Afinal, como se destacou no primeiro capítulo, o interrogatório, a partir da mudança legislativa do Código de Processo Penal ocorrida em 2008, passou a ser o último ato da instrução processual, o que deu à confissão o *status* de estratégia de defesa.

Veja-se que, segundo a doutrina estudiosa sobre o tema, o ato do colaborador também se pauta na voluntariedade do agente. Há, portanto, mais um ponto que demandaria, no mínimo, o tratamento igualitário entre os institutos.

No entanto, o aprofundamento das temáticas leva a conclusão que, na verdade, seria necessária a melhor valoração do ato confesso, conferindo maior efeito prático ao instituto.

Reitera-se, nesse sentido, que, conforme o artigo 4º, §16, da Lei 12.850/13, o Estado não possui meios de prolatar sentença condenatória com base em declarações, ao passo que o ato confesso é o próprio fundamento da decisão condenatória. Desse modo, denota-se que o Poder Judiciário, ainda que menos valore quantitativamente o ato confesso, acaba por conferir a este carga qualitativa mais elevada do que aquela que confere aos relatos do delator.

Portanto, por todos os pontos de convergência dos institutos, bem como aqueles que os diferem e, ainda, frente a tantos inconvenientes que acompanham os relatos dados pelo acusado delator, resta clara a possibilidade de conferir melhor tratamento ao réu confesso.

BIBLIOGRAFIA

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Comentários à Lei de Organização Criminosa**: Lei 12.850/13. São Paulo: Saraiva, 2014.

BRASIL. Lei 12.850, de 2 de agosto de 2013. Define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal; altera o Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); revoga a Lei no 9.034, de 3 de maio de 1995; e dá outras providências. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 5 ago. 2013. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12850.htm. Acesso em: 17.mar.2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula n. 231**. A incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/sumanot/toc.jsp?materia=%27DIREITO%20PENAL%27.mat.#TIT19TEMA0> Acesso em: 12.mar.2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula n. 545**. Quando a confissão for utilizada para a formação do convencimento do julgador, o réu fará jus à atenuante prevista no art. 65, III, d, do Código Penal. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/sumanot/toc.jsp?materia=%27DIREITO%20PENAL%27.mat.#TIT19TEMA0>. Acesso em: 13.mar.2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus n. 201797. 5ª Turma. Relator: Ministro Jorge Mussi. 16.dez.2014. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201100682466&dt_publicacao=02/02/2015. Acesso em: 13.mar.2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus n. 310569. 6ª Turma. Relator: Ministro Ericson Marinho (Desembargador Convocado do TJ/SP). 14.abr.2015. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201403171883&dt_publicacao=24/04/2015. Acesso em: 13.mar.2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Recurso Especial 1412043 MG. 6ª Turma. Relator: Ministro Sebastião Reis Júnior. 13.mar.2015. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201303512931&dt_publicacao=19/03/2015. Acesso em: 13.mar.2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Questão de Ordem na Petição 7074 Distrito Federal. Plenário do Supremo Tribunal Federal. Relator: Ministro Edson Fachin. 29.jun.2017. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=14752801>. Acesso em: 02.abr.2019

CALEGARI, André Luís; LINHARES, Raul Marques. **Colaboração Premiada**: lições práticas e teóricas de acordo com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2019.

CALEGARI, André Luís; PACELLI, Eugênio. **Manual de Direito Penal**. São Paulo: Atlas, 2015.

CARVALHO, Edward Rocha de; COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **Acordos de delação premiada e o conteúdo ético mínimo do Estado**. Disponível em: <http://201.23.85.222/biblioteca/asp/prima-pdf.asp?codigoMi>

dia=60865&iIndexSrv=1. Acesso em: 07.abr.2019

CARVALHO, Salo de. **Penas e Medidas de Segurança no Direito Penal Brasileiro**: fundamentos e aplicação judicial. São Paulo: Saraiva, 2013.

CARVALHO, Salo de; LIMA, Camile Eltz de. **Delação Premiada e Confissão**: filtros constitucionais e adequação temática. In: Revista Jurídica 385. Páginas 123-138. Editora Síntese: Porto Alegre, nov/2009

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **Fundamentos à inconstitucionalidade da delação premiada**. In: Boletim do IBCCRIM, ano 13, nº 159, São Paulo, fevereiro de 2006, p. 7-9

DELMANTO, Celso. **Código Penal comentado**. 9ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2016.

LYRA, Roberto. **Comentários ao Código Penal**. Volume II. Rio de Janeiro: Forense, 1978.

MOSSIN, Heráclito Antônio; MOSSIN, Júlio César O. G. **Delação Premiada**: aspectos jurídicos. Leme: JHMizuno, 2016.

SANTOS, Marcos Paulo Dutra. **Colaboração (delação) premiada**. Salvador: JusPODIVN, 2016



tirant
lo blanch

www.tirant.com/br

