



J^{MPMG}
JURÍDICO
Revista do Ministério Público do Estado de Minas Gerais

**DIREITO PENAL,
PROCESSUAL PENAL E
CIÊNCIAS CRIMINAIS AFINS**



ADMINISTRAÇÃO SUPERIOR

Jarbas Soares Júnior
Procurador-Geral de Justiça

Marco Antônio Lopes de Almeida
Corregedor-Geral do Ministério Público

Nádia Estela Ferreira Mateus
Ouvidora do Ministério Público

Eliane Maria Gonçalves Falcão
Procuradora-Geral de Justiça Adjunta Jurídica

Márcio Gomes de Souza
Procurador-Geral de Justiça Adjunto Administrativo

Luiz Henrique Acquaro Borsari
Procurador-Geral de Justiça Adjunto Institucional

Carlos Alberto Valera
Chefe do Gabinete

Cláudia Ferreira Pacheco de Freitas
Secretária-Geral

Clarissa Duarte Belloni
Diretora-Geral

CENTRO DE ESTUDOS E APERFEIÇOAMENTO FUNCIONAL

Élida de Freitas Rezende
Diretora do Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional

Pablo Gran Cristóforo
Coordenador Pedagógico do Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional

Tereza Cristina Santos Barreiro
Superintendente de Formação e Aperfeiçoamento

Leonardo Camargo Souza
Diretor de Produção Editorial

ORGANIZAÇÃO

Marcos Paulo de Souza Miranda
Promotor de Justiça e Coordenador do CAOCRIM

FICHA TÉCNICA

REVISÃO:

Estela Costa Tiburcio
Larissa Vasconcelos Avelar
Luiz Carlos Freitas Pereira
Renato Felipe de Oliveira Romano
Sofia Cerqueira Borges

PROJETO GRÁFICO E DIAGRAMAÇÃO:

João Pedro Goulart Evaristo
Rafael Wister Andrade da Silva

SUMÁRIO



O AUTOR NOS DELITOS TRIBUTÁRIOS PRATICADOS POR MEIO DA EMPRESA: ADMISSIBILIDADE DO “AUTOR POR TRÁS DO AUTOR” NO DIREITO PENAL BRASILEIRO? _____ **10**

SÉRGIO BRITO FERREIRA

1. INTRODUÇÃO DEI DELITTI E DEI TRIBUTI _____	10
2. DO OBJETO E DOS LIMITES DA INVESTIGAÇÃO _____	11
3. DO DOMÍNIO DA ORGANIZAÇÃO E DO DOMÍNIO DA ORGANIZAÇÃO EMPRESARIAL _____	12
3.2 Do domínio da organização empresarial _____	14
3.3 Das críticas à figura do domínio da organização à inexistência pura e simples da figura do “autor por trás do autor” e à falta de coerência da teoria do domínio da organização _____	15
4. DA POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DA TEORIA DO DOMÍNIO DO FATO E DO DOMÍNIO DA VONTADE POR MEIO DE UM APARATO ORGANIZADO DE PODER NO DIREITO PENAL BRASILEIRO _____	16
5 DO JULGAMENTO DO RESP N. 1.854.893/SP PELO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA: O QUE HÁ NO CASO E PARA ALÉM DELE? - ANÁLISE DE UM CASO _____	17
5.1 Dos contornos do caso _____	18
5.2 Das soluções possíveis _____	19
5.2.1 Da solução no plano da autoria mediata por meio de um aparato organizado de poder _____	19
5.2.2 Da solução no plano da instigação _____	20
5.2.3 Da solução no plano da coautoria _____	21
6 CONCLUSÃO _____	22
7 REFERÊNCIAS _____	22

A IMPORTÂNCIA DA NÃO RENÚNCIA ÀS CONDIÇÕES INICIAIS DO ANPP: COMPROMISSO COM OS PRINCÍPIOS DA BOA-FÉ E MORALIDADE _____ **25**

CARLOS SAMUEL BORGES CUNHA

GUSTAVO BIANCHETTI LIMA GAMA

1. INTRODUÇÃO: ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL, DESAFIOS ÉTICOS E EFICÁCIA _____	25
2. A MORALIDADE E A BOA-FÉ COMO PRINCÍPIOS ORIENTADORES _____	26
3. COMPROMISSO COM A PREVENÇÃO E A REPROVAÇÃO DO CRIME _____	26
4. CREDIBILIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO E DO PRÓPRIO ANPP _____	27
4.1. Não abertura para negociações inadequadas _____	27
4.2. Negociações necessárias _____	27
5. CONCLUSÃO _____	28
6. REFERÊNCIAS _____	28



BRANDURA JUDICIAL COM O PCC: OS ERROS DO LEGALISMO ABSTRATO NO TRATAMENTO DA INSURGÊNCIA CRIMINAL BRASILEIRA 30

BRUNO TORRANO AMORIM DE ALMEIDA

1. INTRODUÇÃO	30
2. PROBLEMA E OBJETO	31
3. RACIOCÍNIOS JURÍDICOS BASEADOS EM RECORTES NORMATIVOS INJUSTIFICADOS	32
4. SATURAÇÃO DEONTOLÓGICA PRO REO VS. LEITURA GLOBAL DO DIREITO BRASILEIRO	35
5. QUAL CONCEPÇÃO DE DIREITOS SUBJETIVOS?	37
5.1. Direitos como trunfos fortes	38
5.2. Direitos como trunfos fracos	40
5.3. Direitos como interesses protegidos	42
6. CONSIDERAÇÕES FINAIS	43
7. REFERÊNCIAS	44

CERCEAMENTO DE ACUSAÇÃO: NOTAS SOBRE A FORMAÇÃO E SUPERAÇÃO DA CULTURA ANTIACUSATÓRIA 47

Mauro Fonseca Andrade

1. INTRODUÇÃO	47
2. A FORMAÇÃO DE UM INCONSCIENTE COLETIVO ANTIACUSATÓRIO	47
3. O ACUSADOR NA IDADE ANTIGA	48
3.1. Bíblia Sagrada	48
3.2. Direito ateniense	49
3.3. Direito romano	50
4. O ACUSADOR NA IDADE MÉDIA E NA IDADE MODERNA	50
5. O ACUSADOR NO PERÍODO REVOLUCIONÁRIO E PÓS-REVOLUCIONÁRIO FRANCÊS	51
6. O ACUSADOR NOS SÉCULOS XX E XXI	51
7. A CONTRACULTURA AO CERCEAMENTO DE ACUSAÇÃO	53
8. CONCLUSÃO	55
9. REFERÊNCIAS	55



CRIME DE VIOLÊNCIA INSTITUCIONAL: ART. 15-A DA LEI 13.869/2019 _____ **59**

Renee do Ó Souza

INTRODUÇÃO	59
BEM JURÍDICO TUTELADO	60
SUJEITOS DO CRIME	60
CONDUTAS	60
FIGURA MAJORADA § 1º	61
FIGURA QUALIFICADA DO § 2º	63
VOLUNTARIEDADE	63
CONSUMAÇÃO E TENTATIVA	63
AÇÃO PENAL	63
CONCLUSÃO	63
REFERÊNCIAS	64

DA CADEIA DE CUSTÓDIA COMO INSTRUMENTO EXCLUSIVO DE TUTELA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS _____ **65**

João Paulo Alvarenga Brant

Marcelo Shirmer Albuquerque

Thiago Augusto Vale Lauria

INTRODUÇÃO	65
DO OBJETO DA CADEIA DE CUSTÓDIA	67
A CADEIA DE CUSTÓDIA NA JURISPRUDÊNCIA NORTE-AMERICANA	69
DA CADEIA DE CUSTÓDIA COMO INSTRUMENTO DE IMPUNIDADE	75
DA CADEIA DE CUSTÓDIA COMO INSTRUMENTO DE GARANTIA PROCESSUAL	79
CONCLUSÃO	80
REFERÊNCIAS	81

DA TEORIA DO PLURALISMO DA JUSTA CAUSA _____ **83**

Felipe Martins Pinto _____ 83

Thiago Augusto Vale Lauria _____ 83

1. INTRODUÇÃO	83
2. DA DOCTRINA DO PLURALISMO DA CAUSA PROVÁVEL	84
2.1. Linhas gerais	84
2.2. Primeiro Eixo: da análise abstrata da pretensão cautelar de busca e apreensão	85
2.3. Segundo Eixo: da análise em concreto da pretensão cautelar de busca e apreensão	88



2.4. Terceiro Eixo: do padrão probatório a embasar o exame	91
3. ANÁLISE DE CASOS	94
4. CONCLUSÃO	96
5. REFERÊNCIAS	96

EXERCÍCIO LEGÍTIMO DA AÇÃO PENAL PÚBLICA, IN DUBIO PRO SOCIETATE E EXCESSO DE ACUSAÇÃO 98

Guilherme de Sá Meneghin

1. INTRODUÇÃO	98
2. AÇÃO PENAL PÚBLICA E SEUS PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS	99
3. A TESE DO EXCESSO DE ACUSAÇÃO	101
4. AÇÃO PENAL PÚBLICA, ABUSO DE DIREITO DE DEFESA E IN DUBIO PRO SOCIETATE	101
5. CONCLUSÃO	105
6. REFERÊNCIAS	105

A EXPANSÃO DO DIREITO PENAL NO COMBATE A CRIMINALIDADE ORGANIZADA E ECONÔMICA: RETROCESSO OU NECESSIDADE? 107

Ariene Kathlen de Oliveira Brito

Fábio Reis de Nazareth

1. INTRODUÇÃO	107
2. GLOBALIZAÇÃO ECONÔMICA	107
3. "MODERNO" DIREITO PENAL	109
4. MACROCRIMINALIDADE ECONÔMICA ORGANIZADA	114
5. DIREITO PENAL: VELOCIDADES	118
6. LAVAGEM DE DINHEIRO	121
6.1. Moderna criminalidade organizada	121
6.2. Bem jurídico tutelado	122
7. CONCLUSÃO	123
8. REFERÊNCIAS	124



O FLAUTISTA DE HAMELIN: PARTICULARIDADES DO DIREITO BRASILEIRO À PROIBIÇÃO DO HEARSAY TESTIMONY 128

Alderico de Carvalho Junior

Jaqueline Ribeiro Cardoso

Mariza de Souza Paiva

1. INTRODUÇÃO	128
2. A CONSTRUÇÃO DO INSTITUTO	129
3. O HEARSAY NO SISTEMA NORTE-AMERICANO: DISCIPLINA NORMATIVA E JURISPRUDENCIAL	130
4. A PROVA DE OUVIR DIZER NO DIREITO BRASILEIRO	132
5. CONSIDERAÇÕES FINAIS	133
6. REFERÊNCIAS	134

PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA AMPLA DEFESA DA VÍTIMA: EXEGESE DO ART. 5º, LV, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL E INCIDÊNCIA NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO 136

Valerio de Oliveira Mazzuoli

Kledson Dionysio de Oliveira

1. INTRODUÇÃO	136
2. DEVERES DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS E FUNDAMENTAIS	137
3. CONSEQUÊNCIAS DA SUBMISSÃO DO ESTADO BRASILEIRO À JURISDIÇÃO CONTENCIOSA DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS	139
4. VIOLAÇÕES ESTRUTURAIS A DIREITOS HUMANOS PELO SISTEMA DE JUSTIÇA CRIMINAL BRASILEIRO	141
4.1. Estado de impunidade estrutural	141
4.2. Estado de discriminação estrutural	142
5. CONCRETIZAÇÃO DO PRINCÍPIO DA AMPLA DEFESA DAS VÍTIMAS E OBRIGAÇÕES POSITIVAS DO ESTADO EM MATÉRIA CRIMINAL	142
6. MINISTÉRIO PÚBLICO E DEFESA CRIMINAL DA ORDEM JURÍDICA	145
7. LITIGANTES DESTINATÁRIOS DO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA AMPLA DEFESA E POSIÇÃO DAS VÍTIMAS	146
8. AMPLA DEFESA DOS FUNDAMENTOS ACUSATÓRIOS NA PERSECUÇÃO PENAL	147
9. PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA AMPLA DEFESA E DIREITOS DAS VÍTIMAS DE ACESSO À JUSTIÇA LATO SENSU	147
10. COMPREENSÃO DOS MEIOS E RECURSOS INERENTES À REALIZAÇÃO DO PRINCÍPIO DA AMPLA DEFESA DAS VÍTIMAS	148
11. DIMENSÃO MATERIAL DO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA AMPLA DEFESA DAS VÍTIMAS	149
12. CONCLUSÃO	150
13.REFERÊNCIAS	150



REQUISITOS DA PRONÚNCIA EM CASOS DE CRIMES DOLOSOS CONTRA A VIDA COMETIDOS POR INTEGRANTES DE ORGANIZAÇÕES CRIMINOSAS OU GRUPOS ASSEMBLADOS 152

Douglas Fischer

1. A COMPETÊNCIA PARA JULGAMENTO DOS DELITOS DOLOSOS CONTRA A VIDA E O PROCEDIMENTO INICIAL DO JÚRI	152
2. O DEVER DE PUNIR COM EFICIÊNCIA E A PROTEÇÃO DE TODAS AS GARANTIAS FUNDAMENTAIS: A OBSERVÂNCIA DAS OBRIGAÇÕES PROCESSUAIS PENAS POSITIVAS	152
3. <i>IN DUBIO PRO SOCIETATE</i> NA PRONÚNCIA?	155
4. JULGADOS QUE NÃO ADMITEM A PRONÚNCIA COM BASE APENAS EM TESTEMUNHOS COLHIDOS NA INVESTIGAÇÃO E NÃO REPRODUZIDOS EM JUÍZO SOB O CRIVO DO CONTRADITÓRIO	156
5. CONCLUSÕES E UM <i>DISTINGUISH</i> NECESSÁRIO: CRIMES DOLOSOS CONTRA A VIDA PRATICADOS POR INTEGRANTES DE ORGANIZAÇÕES CRIMINOSAS OU ASSEMBLADAS	157
6. REFERÊNCIAS	160

REFLEXÕES REFERENTES AOS IMPACTOS DA RESOLUÇÃO Nº 487/23, DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, QUE INSTITUI A POLÍTICA ANTIMANICOMIAL DO PODER JUDICIÁRIO NO ORDENAMENTO JURÍDICO PENAL BRASILEIRO SOB A ÓTICA DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL, DO CÓDIGO PENAL, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL E DA LEI DE EXECUÇÃO PENAL: INCONSTITUCIONALIDADE E ILEGALIDADE? HOUVE DISCUSSÃO COM A SOCIEDADE CIVIL E COM OS RESPONSÁVEIS PELA IMPLEMENTAÇÃO DA POLÍTICA PÚBLICA? 161

Paloma Coutinho Carballido

Marcos Paulo de Souza Miranda

Bruno Lima Pitanga

1. INTRODUÇÃO	161
2. DO CONTEÚDO DA RESOLUÇÃO Nº 487/23	162
3. DO PRINCÍPIO DA HUMANIDADE DAS PENAS COMO FUNDAMENTO DE ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO	172
4. DA INCONSTITUCIONALIDADE E DA ILEGALIDADE	176
4.1 da exorbitância ao poder regulamentar conferido constitucionalmente ao CNJ	176
4.2 Da usurpação do poder privativo da União para legislar sobre Direito Penal e Processual Penal e da violação ao princípio da separação de poderes	177
4.3 Da violação ao princípio da individualização da pena	178
4.4 Da violação ao princípio do devido processo legal e da jurisdicionalidade	180
4.5 Da violação ao princípio da legalidade	181
4.6 Da violação ao direito à segurança pública, aos direitos das vítimas e aos princípios da proporcionalidade e razoabilidade	182
4.7 Da inconstitucionalidade por cerceamento das Prerrogativas e invasão das atribuições próprias do Ministério Público	184



5. DA AUSÊNCIA DE DISCUSSÃO COM A SOCIEDADE CIVIL E COM OS RESPONSÁVEIS PELA POLÍTICA PÚBLICA DA SAÚDE MENTAL	186
6. CONCLUSÃO	187
REFERÊNCIAS	187

TÓPICOS (IN)COMUNS SOBRE O ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL E SUA APROXIMAÇÃO COM O PLEA BARGAIN NORTE-AMERICANO 190

Mauro Messias

1. BREVE CONCEITUAÇÃO	190
2. CONFUSÃO COM O PLEA BARGAINING NORTE-AMERICANO	191
3. PACTUM DE NON PETENDO OU ACORDO DE IMUNIDADE CONDICIONAL	192
4. BRADY MATERIAL E A SUPRESSÃO DE EVIDÊNCIA FAVORÁVEL AO IMPUTADO	193
5. RENÚNCIA DO INVESTIGADO A RECURSOS (E MEIOS AUTÔNOMOS DE IMPUGNAÇÃO) JÁ INTERPOSTOS	193
6. NATUREZA JURÍDICA DA CONFISSÃO: CONDIÇÃO DE EVITAÇÃO DA DENÚNCIA – MAGNUS CONSENSUS	194
7. RENÚNCIA DO MINISTÉRIO PÚBLICO A REQUERIMENTOS CAUTELARES JÁ FORMULADOS	195
8. ÜBERMASSVERBOT E UNTERMASSVERBOT – WIN-WIN NEGOTIATIONS	195
REFERÊNCIAS	196

O AUTOR NOS DELITOS TRIBUTÁRIOS PRATICADOS POR MEIO DA EMPRESA: ADMISSIBILIDADE DO “AUTOR POR TRÁS DO AUTOR” NO DIREITO PENAL BRASILEIRO?

SÉRGIO BRITO FERREIRA
PROMOTOR DE JUSTIÇA DO MPMG

RESUMO: O conceito de domínio da organização (*rectius*, domínio da vontade por meio de um aparato organizado de poder) e sua aplicação aos delitos tributários praticados por meio da empresa traz como pergunta central da investigação: pode uma empresa ser qualificada como aparato organizado de poder de modo a justificar que o homem de trás, que se vale do homem da frente para praticar delitos tributários, seja responsabilizado como autor mediato? Respondida negativamente, a melhor solução é tratar o problema sob a perspectiva da figura do domínio sobre o fundamento do resultado, prescrevendo a responsabilidade comissiva ou omissiva do homem de negócios pela evitação de resultados que são produzidos em razão das atividades da empresa na qualidade de coautor (coautoria organizacional).

PALAVRAS-CHAVE: Delitos tributários empresariais. Domínio da organização. Delitos praticados por meio da empresa. Domínio sobre o fundamento do resultado. Responsabilidade do homem de negócio.

1. INTRODUÇÃO DEI DELITTI E DEI TRIBUTI¹

Assim como a maioria dos Estados modernos, o Estado brasileiro busca viabilizar-se por meio da arrecadação de tributos². Constituindo-se pela sua própria natureza como vinculada e obrigatória³, a atividade estatal em âmbito tributário é, desde sempre, objeto de uma extensa e pormenorizada legislação.⁴

A Constituição Federal contempla, num primeiro degrau, tributos (impostos, taxas, contribuições, empréstimos compulsórios) e estabelece uma série de regras de competência que compreende os diversos entes da Federação. Com arrimo na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, Luís Eduardo Schoueri (*Direito ...*, *op. cit.*, p. 99) afirma que as diversas espécies tributárias, determinadas pela hipótese de incidência ou pelo fato gerador da respectiva obrigação (CTN, art. 4.º), são as seguintes:

- a) os impostos (CF, arts. 145, I, 153, 154, 155 e 156);
- b) as taxas (CF, art. 145, II);
- c) as contribuições, que podem ser assim classificadas: c.1. de melhoria (CF, art. 145, III), c.2. parafiscais (CF, art. 149), que são: c.2.1. sociais, c.2.1.1. de seguridade social (CF, art. 195, I, II, III), c.2.1.2. outras de seguridade social (CF, art. 195, § 4.º), c.2.1.3. sociais gerais (o FGTS, o salário educação, CF, art. 212, § 5.º, contribuições para o SESI, SENAI, SENAC, CF, art. 240); c.3. especiais: c.3.1. de intervenção no domínio econômico (CF, art. 149) e c.3.2. corporativas (CF, art. 149). Constituem, ainda, espécie tributária: d) os empréstimos compulsórios (CF, art. 148)”

As leis complementares e ordinárias, num segundo e terceiro degraus, as resoluções dos poderes legislativos e os decretos dos poderes executivos, num quarto degrau, e os regulamentos das autoridades tributárias, num quinto e último degrau, dão os contornos finais ao modelo brasileiro de tributação.⁵

Em razão de se dizer aqui e ali que o sistema tributário brasileiro é o mais complexo do mundo⁶, já era mesmo de se esperar que, no exato momento em que o legislador

¹ O título é inspirado na obra *Dei delitti e delle pene*, de Cesare Beccaria.

² COELHO, Sacha Calmon Navarro. *Curso de Direito Tributário Brasileiro*. 18. ed. São Paulo: Grupo GEN, 2022, p. 56.

³ SCHOUERI, Luís Eduardo. *Direito Tributário*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2023, p. 363.

⁴ AMARO, Luciano. *Direito tributário brasileiro*. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2023, p. 16.

⁵ MACHADO, Hugo de Brito. *Comentários ao Código Tributário Nacional: artigos 1.º a 95.º*. v. 1. 3. ed. São Paulo: Grupo GEN, 2015, p. 7-8.

⁶ Corroborando as especulações, dados do relatório *The Tax Complexity* entre 69 países trazem o Brasil em 1.º lugar na classificação de complexidade do quadro fiscal/tributário (<https://www.taxcomplexity.org>).



e os juízes passassem a tomar os comportamentos que se ligam à tributação como fatores de incriminação⁷, surgiriam questões de extrema relevância e dificuldade no âmbito do direito penal.⁸

Do ponto de vista criminológico, mal se pode medir a riqueza das discussões que têm como pano de fundo o fenômeno da criminalidade tributária, entre as quais: (i) a enorme danosidade social do comportamento de supressão de tributo pelos detentores de maior poderio econômico; (ii) a gigantesca sofisticação dos modelos de supressão do pagamento de tributos (planejamentos tributários); (iii) as questionáveis relações entre as instâncias formais de repressão e os ocupantes das mais altas classes sociais, apontando a tensão entre direito penal e “delitos do colarinho branco”, em cujo conceito também se pode inserir parcela dos delitos tributários (Sutherland, Edwin).

Desde a entrada em vigor da Lei 8.137/1990 – antes os delitos tributários eram previstos, fundamentalmente, na Lei 4.729/1965 – várias discussões em sede doutrinária e jurisprudencial tiveram como base os delitos contra a ordem tributária.

Questionamentos versaram, por exemplo, sobre o exaurimento do processo administrativo como condição objetiva de punibilidade nos delitos tributários materiais (Súmula Vinculante 24 do Supremo Tribunal Federal); a declaração geral de constitucionalidade dos tipos penais previstos na Lei 8.137/1990 (Tema 937 do STF); a redução teleológica do tipo penal do art. 2.º, II, da Lei 8.137/1990, cuja aplicação exigiria a satisfação simultânea de dois requisitos: não recolhimento contumaz e dolo de apropriação dos valores correspondentes ao imposto sobre circulação de mercadorias (RHC n. 163.334 do STF).

Esses temas, que já contaram com os mais profundos estudos e com a detida consideração das mais altas cortes de justiça do país, lograram encontrar algum tipo de acordo doutrinário e jurisprudencial. Voltar a eles, porém, pouco acrescentaria ao que se encontra sedimentado.

2. DO OBJETO E DOS LIMITES DA INVESTIGAÇÃO

Não obstante preceito específico alusivo à autoria e à participação nos delitos tributários, a discussão dogmática

não avançou muito ao longo dos mais de trinta anos de vigência do art. 11 da Lei 8.137/1990.

Talvez tenha sido deixada de lado porque nem mesmo para os delitos tradicionais da criminalidade de rua (patrimonial e violenta)⁹ dispõem de doutrina mais sólida a respeito do concurso de pessoas. Não se pode descartar, de igual forma, que a pouca importância dada ao tema tenha decorrido do fato de que, na prática dos mais diversos tribunais, a distinção entre as formas de intervenção no crime nunca foi levada a sério no plano conceitual – e, portanto, dogmático – nem no plano de aplicação da pena.

Quem se ocupa do tema pode prestar testemunho de que o STF, embora também fale de domínio do fato em alguns julgados mais recentes, atua, na prática, como se vigesse no Brasil, sem qualquer tipo de contestação, um conceito unitário formal de autoria. A posição de que o direito penal pátrio é tributário de um conceito que não distingue entre autoria e participação é sustentável. Ocorre que a adoção de tal premissa deveria ser ressaltada, em letras maiúsculas, nos julgamentos feitos pelo Tribunal, o que não ocorre. Daí a crítica.

Outra explicação pode ser haurida na sempre aberta querela da autonomia do direito penal econômico e, por via de consequência, na sempre esperada elaboração de um novo sistema de imputação jurídico-penal para os delitos praticados no âmbito econômico, o que compreenderia, também, uma reformulação da teoria do concurso de pessoas.¹⁰

Se se considerar que a redação do art. 11 traz consigo algo de particular quando cotejada com a do art. 29 do Código Penal – a possibilidade de que a intervenção se dê por meio de pessoa jurídica –, comportamentos dos intervenientes de organizações empresariais valem-se de seus subordinados para a prática de atos de evasão fiscal, já que a evasão fiscal se contrapõe, no plano da licitude, à elisão fiscal.

Segundo Luciano Amaro (*Direito ...*, op. cit., p. 100), enquanto a elisão fiscal traduziria qualquer modo de evitar ou reduzir tributo de maneira lícita, legítima – a economia lícita de tributo, elisão ou evasão lícita –, a evasão fiscal implicaria algum procedimento que, de modo fiscalmente ilícito ou ineficaz, buscasse o mesmo objetivo de não pagar tributo ou pagar menos do que o devido. O que

7 Processos de criminalização primária (definição legal de delitos e de penas) e secundária (aplicação e execução de penas), CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **Direito penal**: parte geral. 9. ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020, p. 33-36.

8 A criminalidade de colarinho branco. **Revista Eletrônica de Direito Penal e Política Criminal**, Porto Alegre, v. 2, n. 2, 2014, p. 93-103.

9 SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **La expansión del derecho penal – Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales**. 2. ed. Madrid: Civitas, 2001, p. 23 e 31.

10 BRETTEL, Hauke; SCHNEIDER, Hendrik. **Wirtschaftsstrafrecht**. 2. ed. Baden-Baden: Nomos, 2018, p. 88-89.

interessa para fins penais é, claramente, a evasão fiscal (ilícita).

De forma mais abstrata, e talvez um pouco mais precisa, o que se pretende investigar é a problemática figura do “autor por trás do autor”, aquele que atua por meio de um aparato organizado de poder; a eventual compatibilidade com o direito penal brasileiro – embora o objeto específico da investigação seja o direito penal tributário, as conclusões se aplicam, *pars pro toto*, ao direito penal e ao direito penal empresarial –; e, no caso de haver motivos razoáveis da não aplicação aos grupos de criminalidade empresarial, as possíveis alternativas que surgem no campo da responsabilização penal.

3. DO DOMÍNIO DA ORGANIZAÇÃO E DO DOMÍNIO DA ORGANIZAÇÃO EMPRESARIAL

Em 1963, Claus Roxin introduziu, no capítulo da autoria e da participação, uma forma de domínio da vontade que, até então, sequer tinha sido cogitada pela doutrina e pela jurisprudência.

As exposições de Harro Otto (Autoría en virtud de aparatos organizados de poder. In: Reyes Alvarado, Yesid; Orozco López, Hernán Darío. *Aparatos organizados de poder*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2020), Rolf Dietrich Herzberg (Autoría mediata e inducción en las organizaciones formales. In: Reyes Alvarado, Yesid; Orozco López, Hernán Darío. *Aparatos organizados de poder*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2020) e Thomas Rotsch (¿Dominio del hecho en virtud del dominio de organización?. In: Reyes Alvarado, Yesid; Orozco López, Hernán Darío. *Aparatos organizados de poder*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2020) fornecem segura introdução ao pensamento de Claus Roxin e às demais posições sustentadas na doutrina alemã.

Além das figuras do domínio da vontade por meio de coação e do domínio da vontade por meio de erro, ele propôs, como categoria autônoma da autoria mediata, o domínio da vontade por meio de um aparato organizado de poder.¹¹

Desde então, o domínio da organização, forma pela qual a figura também passou a ser conhecida, iniciou marcha triunfal mundo afora. Já em pleno século XXI, a figura da autoria mediata em virtude de aparatos organizados de poder se converteu em um dos “produtos de exportação” mais exitosos da dogmática penal alemã contemporânea. (Roxin, Claus, *Täterschaft ...*, *op. cit.*, § 24, 1, n. p.)

O domínio da organização surge, historicamente, com a pretensão de dar solução aos casos que passam a ser submetidos aos tribunais no pós-guerra, época em que os “Estados autoritários” passam a delinquir em grande escala.

Para viabilizar a prática de delitos, o homem de trás, que ocupa o cume hierárquico da estrutura organizada de poder, tem à disposição dele os homens da frente, ou seja, aqueles que integram a sua base de pessoal. Por meio dessa estrutura, o homem de trás toma autonomamente a decisão sobre o “se” da realização do crime, fazendo chegar ao homem da frente o conteúdo dessa deliberação delegada a ele tão somente para a prática dos atos executórios.

Segundo Roxin, de acordo com um entendimento natural e prévio de domínio do fato, é autoevidente que uma autoridade superior que disponha de competência para organizar o extermínio massivo de pessoas ou que dirija um serviço secreto encarregado de praticar atentados políticos, por exemplo, domina a realização do resultado de maneira distinta da do instigador comum. Já no plano da mera intuição, é possível pensar que quem dá as ordens ostenta uma posição-chave no acontecer global, posição bem diversa daquela correspondente ao mero instigador no caso de criminalidade comum.

A justificativa central para essa consideração distinta entre ambas as formas de intervenção repousa no reconhecimento de que a organização possui uma vida independente da vida dos seus membros, os quais se apresentam, sempre, como anônimos que podem ser substituídos por outros dentro das engrenagens do aparato de poder. Assim, a organização funciona automaticamente, pouco importando a pessoa individual do executor. Fator decisivo para fundamentar o domínio da vontade em tais casos, portanto, é a fungibilidade do

11 Roxin, Claus. *Täterschaft und Tatherrschaft*. 11. ed. Berlin: De Gruyter, 2022, § 24, I, e § 44, n. 361. Não há qualquer controvérsia quanto à origem roxiniana da figura da autoria mediata por meio do domínio de um aparato organizado de poder conforme Schönemann, Bernd; Greco, Luís. Vor § 25. In: Cirener, Gabriele; Radtke, Henning; RISSING-VAN SAAN, Ruth; Thomas Rönnau; Schluckebier, Wilhelm (org.). *Strafgesetzbuch. Leipziger Kommentar*. §§ 19-31. v. 2. 13. ed. Berlin: De Gruyter, 2021, n. 142; Krey, Volker; Esser, Robert. *Deutsches Strafrecht Allgemeiner Teil*. 7. ed. Stuttgart: Kohlhammer, 2022, p. 407; Orozco López, Hernán Darío. Introducción. *Rasgos básicos del debate sobre la intervención delictiva en los casos de aparatos organizados de poder*. In: Reyes Alvarado, Yesid; Orozco López, Hernán Darío. *Aparatos organizados de poder*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2020, n. p. A solução ainda não havia sido idealizada, o que não quer dizer que esse grupo de casos já não tivesse chamado a atenção da teoria vigente na jurisprudência alemã, a teoria subjetiva *do animus auctoris* (Muñoz Conde, Francisco. ¿Dominio de la voluntad en virtud de aparatos de poder organizados en organizaciones “no desvinculadas del derecho”? *Revista Penal*, Valencia, n. 6, jul. 2000, p. 104).

executor. Pouco importa, aqui, se se está diante também de um executor plenamente responsável. O executor, que não pode ser desbancado de seu domínio da ação, é, ao mesmo tempo, uma engrenagem da maquinaria de poder que pode ser substituível a qualquer momento. Essa dupla perspectiva impulsiona o homem de trás, junto com o executor, ao centro do acontecer.¹²

É com base nessa ordem de ideias que Roxin prescreverá, de forma taxativa, que, “em geral, é possível dizer: quem está ligado a um aparato organizado em algum lugar, de um modo tal que pode dar ordens a subordinados, é autor mediato, em virtude do domínio da vontade que a ele corresponde, se utiliza suas atribuições para a execução de ações puníveis”.¹³ Assim se constitui a face mais famosa da figura do “autor por trás do autor”. O domínio do fato por meio de um aparato organizado de poder é o protótipo para uma constelação do “autor por trás do autor” (*Ibidem*, § 44, n. 362).

Claro que também é possível falar em participação nos casos em que se está diante de um aparato organizado de poder. Mas apenas e tão somente no caso de atividades que não impulsionam autonomamente a máquina, as quais somente podem fundamentar, repise-se, a participação no delito de outrem.¹⁴

Para além da fungibilidade do homem da frente, necessário se faz, para reconhecimento da autoria mediata do homem de trás, que a organização esteja estruturada, em seu conjunto, à margem do ordenamento jurídico.¹⁵ Enquanto a direção e os órgãos executores

se mantêm, em princípio, ligados a um ordenamento jurídico que independe deles, as ordens de cometer delitos não podem fundamentar domínio. Nesse caso, as leis continuam a reivindicar um caráter de supremacia e autorizam o descumprimento de ordens ilícitas, o que, por via de consequência, exclui o poder do homem de trás sobre a vontade do homem da frente.¹⁶

Dando uma forma mais precisa à ideia de domínio da organização, Roxin voltará ao tema e, na sua manifestação mais atualizada¹⁷, reafirmará a existência de três pressupostos para seu reconhecimento.¹⁸ Aquele de quem parte as ordens tem de possuir um poder de mando no âmbito do aparato organizado. Na teoria de se considerar como aparato organizado o Estado, nos casos em que o líder supremo governe por meio da prática de delitos sistêmicos e estruturas informais de poder, como as de organizações criminosas, milícias terroristas e bandos.¹⁹

Uma organização não existe, no entanto, quando vários delinquentes estão ligados apenas por relações pessoais. É necessário que a organização alcance também um certo tamanho, não se contentando com poucos integrantes.²⁰ A organização deve estar dissociada do direito no âmbito de sua atividade penalmente relevante.²¹ Aquele que age de forma imediata precisa ser substituível, fungível; tanto que, no caso de fracasso de um executor, outro pode tomar-lhe o lugar e garantir que a ordem seja seguida.²²

12 *Ibidem*, § 24, III, n. p.

13 *Ibidem*, § 24, V, 1, n. p.

14 *Ibidem*, § 24, V, 1, n. p. Tal observação não passou despercebida, igualmente, a KREY, Volker; ESSER, Robert. *Deutsches Strafrecht ...*, *op. cit.*, p. 408.

15 Roxin, Claus, *Täterschaft ...*, *op. cit.*, § 24, V, 2, n. p. A dissolução do direito atinge o aparato de poder como um todo (Schünemann, Bernd; Greco, Luís. Vor § 25. In: Cirener, Gabriele; Radtke, Henning; Rissing-Van Saan, Ruth; Thomas Rönnau; Schluckebier, Wilhelm (Org.). *Strafgesetzbuch*. Leipziger Kommentar. §§ 19-31. v. 2. 13. ed. Berlin: De Gruyter, 2021, n. 143, n. p.).

16 ROXIN, Claus, *Täterschaft ...*, *op. cit.*, § 24, V, 2, n. p. Igualmente: Schünemann, Bernd; GRECO, Luís. Vor § 25 ..., *op. cit.*, n. 143, n. p.

17 A cada nova edição da obra *Täterschaft und Tatherrschaft*, Roxin atualiza o décimo segundo capítulo da parte final (“Estado mais recente da teoria da autoria e da participação”).

18 ROXIN, Claus, *Täterschaft ...*, *op. cit.*, § 44, n. 369, n. p.

19 *Ibidem*, § 44, n. 370, n. p.

20 *Ibidem*, § 44, n. 371, n. p.

21 *Ibidem*, § 44, n. 372-373, n. p. Orozco López, Hernán Darío, *Introducción ...*, *op. cit.*, n. p. RANGIER, Rudolf. *Strafrecht Allgemeiner Teil*. 10. ed.

Munique: Beck, 2018, p. 394.

22 Roxin, Claus, *Täterschaft ...*, *op. cit.*, § 44, n. 374, n. p. Rudolf Rangier aponta que, em 2010, em discussão com Friedrich-Christian Schroeder, Roxin passou a admitir como sendo quatro os critérios necessários à configuração do domínio da organização. Além dos três já referidos, dever-se-ia acrescentar a alta disposição do executor imediato para o cometimento do delito. O próprio Rangier informa que o último critério foi descartado por Roxin já em 2012 (Rangier, Rudolf, *Strafrecht ...*, *op. cit.*, p. 395). Também sustentando, em Roxin, quatro critérios, Busato, Paulo César. *Direito Penal: Parte Geral*. v. 1. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2020, p. 522. Na versão mais acabada da teoria de Roxin, ele mesmo afasta qualquer dúvida de que “a dita disposição ao fato não é um critério autônomo do domínio da organização, senão a consequência dos três requisitos dessa figura antes indicados” (Roxin, Claus, *Täterschaft ...*, *op. cit.*, § 44, n. 376, n. p.).

3.2 DO DOMÍNIO DA ORGANIZAÇÃO EMPRESARIAL

Também em 1963, Roxin já havia deixado suficientemente claro que sua teoria não abrangia formações coletivas que, ainda que contassem com organização rígida, não estivessem orientadas, considerando-se o aparato em seu conjunto, à satisfação de fins contrários ao ordenamento jurídico estatal. Expressando-se em uma fórmula impregnada de sentido, não haveria domínio por meio de um aparato organizado de poder senão quando se estivesse diante de um “Estado dentro do Estado”.²³ Não sendo essa a hipótese dos delitos praticados por meio da empresa – assim prescreveu Roxin de forma peremptória –,²⁴ o domínio da organização não se prestaria a explicar o fenômeno da autoria e da participação a ele referidos.²⁵

Nem mesmo a manifestação expressa de Roxin sobre o âmbito de incidência de sua teoria impediu que o *Bundesgerichtshof – BGH* (Supremo Tribunal Federal)²⁶ a tomasse de empréstimo para afirmar que, também nesses casos, seria possível atribuir uma autoria mediata em razão do domínio por meio de um aparato organizado.²⁷

Em 1994, ao condenar os mais altos dirigentes do Comitê Político e do Conselho de Defesa Nacional da República Democrática da Alemanha, atribuindo-lhes a condição de autores mediatos dos homicídios praticados na fronteira da Alemanha Oriental-Alemanha Ocidental (caso *Keßler-Streletz*²⁸/atiradores do muro²⁹), o Tribunal afirmou que a teoria do domínio da organização também se aplicaria aos casos de criminalidade empresarial.

Segundo se deu conta no corpo da decisão, “há grupos

de casos em que, mesmo quando o intermediário age de maneira irrestritamente responsável, a contribuição do homem de trás leva quase que automaticamente à realização do delito por ele buscado. Esse é o caso do homem de trás que usa estruturas organizacionais para explorar certas condições dentro das quais sua contribuição para o crime aciona cursos regulares”.

Com cursos regulares poderiam ser citadas as estruturas “estatais” e as “empresariais ou assemelhadas a empresariais”. Nelas, o homem de trás se aproveita justamente da “alta disposição do executor imediato” para a realização do tipo.³⁰ Conforme se vê, em julgamento que se referia a uma específica estrutura organizacional estatal, o *BGH* aproveitou o ensejo para declarar, em *obiter dictum*³¹, que “também o problema da responsabilidade na direção de empresas comerciais se deixa resolver dessa forma”³², isto é, por meio da autoria mediata em razão do domínio de um aparato organizado de poder.

Em 2003, ao aplicar efetivamente a fundamentação que havia sido anunciada – transformando o *obiter dictum*, pois, em *ratio decidendi* –, o Tribunal condenou “N” pela prática de 544 delitos de fraude, os quais teriam sido levados a efeito por meio de uma estrutura empresarial. De acordo com os elementos contidos na decisão, juntamente com “B” e “S”, “N” fundou uma empresa com atuação no ramo de negócios imobiliários. Para fins de obter o capital necessário para alavancar suas atividades, “B”, “S” e “N”, gestores da empresa, decidiram se valer da estrutura de pessoal dela, que chegou a contar com 250 funcionários para viabilizar a captação de investimentos no mercado. Pequenos investidores eram contatados pelos funcionários da empresa. Eles aceitavam emprestar o dinheiro deles sob a condição de,

23 ROXIN, Claus, *Täterschaft ...*, op. cit., § 24, III, 2, n. p. Igualmente: Eisele, Jörg; Heinrich, Bernd. *Strafrecht Allgemeiner Teil*. 2. ed. Stuttgart: Kohlhammer, 2020, Parte 10, Capítulo 30, III, n. p. Disponível em: <https://www.perlego.com/book/1794062/strafrecht-allgemeiner-teil-fr-studienanfnger-pdf>. Acesso em: 11 jun. 2023.

24 ROXIN, Claus, *Täterschaft ...*, op. cit., n. 474 e ss.

25 “Os desenvolvimentos realizados por Roxin na década de 1960 não tinham em vista o contexto delitivo empresarial” (CAMARGO, Beatriz Corrêa. Jurisprudência comentada: Sobre o domínio do fato no contexto da criminalidade empresarial. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 21, n. 102, mai./jun. 2013, p. 388).

26 O *BGH* equivale ao Superior Tribunal de Justiça brasileiro. É o que anotam GRECO, Luís; LEITE, Alaor. A “recepção” das teorias do domínio do fato e do domínio da organização no direito penal econômico brasileiro. Observações sobre as formas de intervenção no delito na Ação Penal 470 do Supremo Tribunal Federal brasileiro (“Caso Mensalão”). *ZIS*, Gießen, ano 10, n. 7-8, 2015, p. 386.

27 “A jurisprudência do Alto Tribunal alemão reconhece desde a paradigmática sentença de 26 de julho de 1994 (BGHSt 40, 218) a autoria mediata por meio da utilização de um aparato organizado de poder” (Otto, Harro, *Autoria ...*, op. cit., 1.1, n. p.).

28 HERZBERG, Rolf Dietrich, *Autoria mediata ...*, op. cit., Introducción, n. p.

29 ROXIN, Claus, *Täterschaft ...*, op. cit., § 42, A, 9, n. p. EISELE, Jörg; HEINRICH, Bernd, *Strafrecht ...*, op. cit., Parte 10, Capítulo 30, III, n. p. Disponível em: <https://www.perlego.com/book/1794062/strafrecht-allgemeiner-teil-fr-studienanfnger-pdf>. Acesso em: 11 jun. 2023.

30 Com destaque para o acionamento dos cursos regulares: SCHÜNEMANN, Bernd; GRECO, Luís. Vor § 25 ..., op. cit., n. 144, n.p.

31 “Pela primeira vez, o *BGH* afirma em *obiter dictum* a possibilidade de existência de uma autoria mediata em virtude de domínio da organização também para as grandes empresas” (KREY, Volker; Esser, Robert, *Deutsches Strafrecht ...*, op. cit., p. 409).

32 BGHSt 40, 218.

no final do período combinado, recebê-lo de volta com os acréscimos pactuados. Ocorre que, em determinado momento, sobretudo depois da intervenção da Autoridade Federal de Operações de Crédito (*Bundesamt für das Kreditwesen*), a empresa capitaneada por “N”, “B” e “S” passou a se abster de cumprir as obrigações assumidas com os investidores.

Diante do acervo probatório existente, o Tribunal se negou a reconhecer que “N” seria coautor dos delitos de fraude. Contra a coautoria de “N” militam várias circunstâncias: “N” treinou “B” e “S”, transmitindo-lhes poderes de direção da empresa; elaborou as minutas dos contratos a celebrar, disponibilizando-as para uso; moldou o comportamento dos funcionários em relação às vendas e ao modo de lidar com os investidores; manteve os funcionários da empresa em estado de boa-fé, influenciando positivamente no ânimo deles, de modo a não ter que adotar medidas especiais de segurança que, de outra forma, teriam sido necessárias em uma estrutura organizacional fraudulenta.

Segundo o Tribunal, as condições estruturadas dentro da empresa, com duas centenas e meia de funcionários, teriam viabilizado que “N”, na condição de sócio-proprietário e de gestor, aparecesse, na condição de homem de trás, como a figura central do acontecimento típico. Com a finalidade de excluir qualquer dúvida que pudesse remanescer, o *BGH* afirmou que, “nesse caso, somente se pode considerar a autoria mediata em virtude do controle organizacional. Essa autoria mediata existe se o fato for dirigido por um homem de trás. Esse homem de trás tem domínio do fato quando pode influenciar decisivamente o crime por meio das condições estruturais criadas pela organização (cf. *BGHSt* 40, 218, 236 e ss; 45, 270, 296 e ss). Nesse contexto, irrelevante se o intermediário age, a seu turno, de boa ou má-fé”.³³

A crítica de que o Tribunal não se apoiou senão na aparência na teoria de Roxin é por demais procedente. Segundo Schünemann e Greco, o Tribunal não se manteve fiel à teoria relativamente restritiva de Roxin, exigente de um aparato organizado de poder dissociado do direito, afirmando ser necessário o critério de Schroeder de uma necessária disposição do executor à realização do tipo penal (*Vor § 25 ...*, *op. cit.*, n. 144, n. p.).

A solidez da jurisprudência do *BGH* quanto à aplicação do domínio da organização no âmbito empresarial é

inversamente proporcional ao número de adeptos que ela obteve ao longo dos anos na doutrina alemã e, quiçá, na doutrina estrangeira. A teoria do domínio da organização, majoritária em se tratando de delitos praticados por estados autoritários e por associações criminais de perfil mafioso³⁴, é absolutamente minoritária quando se fala de delitos praticados por meio da empresa. (Roxin, Claus, *Täterschaft ...*, *op. cit.*, § 44, n. 414, n. p.)

Na doutrina brasileira, Paulo César Busato se apresenta como representante da tese de que é possível falar, no contexto empresarial, na recuperação de três dos requisitos de admissão do domínio da vontade: o poder de mando, a fungibilidade do autor mediato e a alta disposição do executor para a realização do fato. Na visão dele, é inexistente que a estrutura de poder esteja à margem do direito.

Nesse ponto, a teoria de Roxin seria inadmissível, porquanto o que é questionável, dentro da posição dos executores, não é estarem ou não ajustados ao direito, pois, na verdade, estão cumprindo perfeitamente as ordens que sua organização jurídica determina, ainda que estas ordens sejam claramente injustas. O argumento da dissociação do direito seria, inclusive, artificial, não correspondendo nem mesmo à realidade criminológica: muitas são as empresas que podem se organizar e se estruturar em torno da realização de delitos, à semelhança do que acontece com organizações mafiosas ou criminosas em geral.

Por todos esses argumentos, a posição correta seria a admissão da responsabilidade por aparatos organizados de poder também no âmbito empresarial. Isto porque, repita-se, a figura do autor por trás do autor não depende da existência de uma organização estruturada que funcione à margem do direito.³⁵

3.3 DAS CRÍTICAS À FIGURA DO DOMÍNIO DA ORGANIZAÇÃO À INEXISTÊNCIA PURA E SIMPLES DA FIGURA DO “AUTOR POR TRÁS DO AUTOR” E À FALTA DE COERÊNCIA DA TEORIA DO DOMÍNIO DA ORGANIZAÇÃO

Wolfgang Joecks afirma, sem meio termo, que a figura do

33 *BGHSt* 48, 331. O *BGH* não observou os pressupostos da dissociação ao direito e da fungibilidade, KÜHL, Kristian. *Strafrecht Allgemeiner Teil*. 8. ed. Munique: Vahlen, 2017, p. 786. O *BGH* se contentou com a existência de uma estrutura organizada e com a alta disposição dos executores para o cometimento de delitos, Rangier, Rudolf, *Strafrecht ...*, *op. cit.*, p. 394.

34 “Esta teoria tem sido, pelo menos no fundamental, majoritariamente aceita” (HERZBERG, Rolf Dietrich, *Autoria mediata ...*, *op. cit.*, 1, n. p.). Igualmente, Rangier, Rudolf, *Strafrecht ...*, *op. cit.*, p. 394.

35 BUSATO, Paulo César, *Direito Penal ...*, *op. cit.*, p. 553.

domínio da vontade por meio de um aparato organizado de poder simplesmente não encontra razão de existir. Nos casos de estruturas organizacionais, é de se considerar apenas e tão somente o domínio por meio de uma vontade superior, na medida em que aqui não se pode afastar o princípio da responsabilidade, já que a solução se daria, em todos os casos, pelo domínio funcional (coautoria).³⁶

Rangier também cita como um dos maiores problemas alusivos ao domínio da organização o fato de que acaba realmente por contrariar o princípio da responsabilidade, que nada mais é do que a base da autoria mediata.³⁷ A essa negativa de natureza mais geral somam-se outras de natureza mais específica.

A figura do domínio da vontade por meio de um aparato organizado de poder, segundo uma linha crítica, relaciona a falta de coerência interna. Herzberg coloca à discussão dois exemplos que demonstrariam que os estreitos limites defendidos por Roxin parecem ser duvidosos³⁸, o que inclusive levou o *BGH* a afirmar, com todas as letras, que não os observaria nos julgamentos posteriores sobre a matéria.³⁹

(1) Numa sociedade limitada de serralheria, em conformidade com um modelo já amplamente estendido, os técnicos estão instruídos a destruir as fechaduras dos clientes, ainda que estejam funcionando bem, e, ato contínuo, a realizar a instalação de novas. Os técnicos estão orientados, portanto, a cometer os delitos de dano e de estelionato. (2) Numa empresa de navegação fluvial, um empresário dá instruções gerais no sentido de que grandes quantidades de substâncias tóxicas que estão dentro da embarcação sejam vertidas no rio antes que ela aporte no cais. Os tripulantes da embarcação estão “doutrinados”, dessa forma, a praticar o delito de contaminação de águas. Em ambos os casos, a prática de delitos constitui rotina diária nas empresas e, quando um empregado está doente, outro empregado, de maneira quase automática, ocupa seu lugar e continua a cumprir as determinações.⁴⁰

Em ambos os casos, continua Herzberg, Roxin negaria a autoria imediata arguindo, inicialmente, que não se está diante de um aparato organizado de poder e, na sequência, que não há uma total desvinculação da

organização às normas que constituem o ordenamento jurídico. Ocorre que, em outras passagens, Roxin argumentaria que o que fundamenta a autoria mediata é unicamente a fungibilidade do autor imediato. A eventual negativa de determinado sujeito de praticar o delito não torna menos obrigatório o cumprimento da ordem por outro sujeito qualquer. Segundo Herzberg, “em organizações especialmente limitadas, claras, com via de comando breves e com boa controlabilidade, a ausência de dificuldades para realizar substituições e o cometimento de delitos sem modificação alguma estão mais garantidas que nos ‘aparatos de poder’, tal como os concebe Roxin, pois neles o característico é que a mão direita não saiba o que fez a esquerda, que determinados lugares da hierarquia de mando não reconheçam a tempo a necessidade de uma substituição e que esta última não se produza em absoluto de ‘maneira automática’”.⁴¹

Para além de ser incoerente ao excluir a empresa do conceito de aparato organizado de poder, a construção de Roxin seria incongruente, prossegue Herzberg, também em relação ao segundo pressuposto, o da desvinculação, como um todo, das normas do direito. O problema residiria aqui no fato de que somente se pode constatar a autoria mediata em relação a um delito específico. Por isso, careceria de sentido a pergunta sobre o cumprimento geral, por membros da organização, das normas do ordenamento jurídico e de sua disposição para determinar ou executar qualquer outro delito possível.⁴²

4. DA POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DA TEORIA DO DOMÍNIO DO FATO E DO DOMÍNIO DA VONTADE POR MEIO DE UM APARATO ORGANIZADO DE PODER NO DIREITO PENAL BRASILEIRO

As disposições do direito penal que se referem ao concurso de pessoas autorizam concluir que, no Brasil, vige um conceito diferenciador de autoria que adota como critério a diferenciação entre autoria e participação no

36 JOECKS, Wolfgang. *Strafgesetzbuch – Studienkommentar*. 10. ed. Munique: Beck, 2012, p. 120.

37 RANGIER, Rudolf, *Strafrecht ...*, *op. cit.*, p. 396.

38 HERZBERG, Rolf Dietrich, *Autoria mediata ...*, *op. cit.*, 1, n. p.

39 KREY, Volker; ESSER, Robert, *Deutsches Strafrecht ...*, *op. cit.*, p. 409.

40 HERZBERG, Rolf Dietrich, *Autoria mediata ...*, *op. cit.*, 2.1, n.p.

41 *Ibidem ...*, 2.1, n.p.

42 *Ibidem ...*, 4, n.p.

plano do tipo objetivo, a teoria do domínio do fato.⁴³

Em relação ao conceito diferenciador de autoria, conforme Luís Greco e Alaor Leite, existem esforços na doutrina brasileira de interpretar o direito positivo, *de lege lata*, de um sistema diferenciador de autoria e participação. Pablo Rodrigo Alflen (*Teoria do domínio do fato*. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 246) sustenta que o direito penal brasileiro é devoto do conceito unitário de autoria. Veja-se também a análise de Helena Regina Lobo da Costa:

À primeira vista, o Código Penal brasileiro (CPB), diferentemente do alemão e do espanhol, por exemplo, leva à adoção da teoria unitária do concurso de pessoas, embora com alguma mitigação. Isto porque o legislador não estabeleceu diferenciação no nível do injusto no que se refere a autores e partícipes, que responderão todos pelo mesmo crime, sem distinção fundamental sobre as formas de concorrência de cada um para o delito. Tal sistema tem como fundamento a teoria da equivalência das condições (nos termos da fórmula *conditio sine qua non* adotada pelo CPB em seu art. 13): sendo a conduta de dada pessoa causal para a ocorrência do delito, será ela considerada autor. Assim, em geral, a teoria unitária corresponde à adoção de um conceito extensivo de autor, também fundado na teoria da equivalência, sendo igualmente possível afirmar, ao menos preliminarmente, que esta leitura é a que decorre dos dispositivos do CPB (autoria e participação na denominada Operação Lava Jato: aplicação da teoria do domínio do fato. In: AMBOS, Kai; ZILLI, Marcos Zilli; MENDES, Paulo de Sousa (Org.). *Corrupção*. Ensaios sobre a Lava Jato. São Paulo: Marcial Pons, 2019, p. 224-225).

Não há nenhum empecilho intransponível a barrar esses esforços. Afinal, trata-se de uma interpretação construtiva limitadora da punibilidade, que, ademais, encontra apoio na vontade declarada do legislador que reformou a parte geral do CPB em 1984. Esses esforços anseiam, sobretudo, superar um sistema que, como consequência, torna um grito de ‘mate-o!’ dirigido a um terceiro plenamente responsável pela ação de matar no sentido do delito de homicídio – o que, desde a perspectiva do princípio da legalidade, significa uma inaceitável dissolução dos tipos penais”.⁴⁴

No que diz respeito ao segundo, a maioria da doutrina já se colocou de acordo sobre ser possível aplicar a teoria do domínio do fato no direito brasileiro. Paulo César Busato

(*Direito Penal ...*, *op. cit.*, p. 549) pontua que a teoria do domínio do fato “resulta perfeitamente compatível com o desenho do Código Penal brasileiro, tudo recomendando sua utilização”.

Juarez Cirino dos Santos (*Direito penal ...*, *op. cit.*, p. 361) prescreve que “os postulados [da teoria do domínio do fato] são inteiramente compatíveis com a disciplina legal de autoria e participação no Código Penal – aliás, a Exposição de Motivos reconhece que o legislador decidiu ‘optar, na parte final do art. 29 e em dois parágrafos, por regras precisas que distinguem a autoria da participação’, reclamada pela doutrina por causa de decisões injustas”.

João Paulo Orsini Martinelli e Leonardo Schmitt Bem asseveram que “há possibilidade de aplicação da teoria do domínio do fato ao Código Penal brasileiro”.⁴⁵

Miguel Reale Júnior (*Fundamentos de direito penal*. São Paulo: Grupo Gen, 2020, p. 235) consigna que, conforme o grau de participação, maior ou menor será a reprovação com o que a dicção legislativa vai se adequar à teoria do domínio do fato.

Com efeito, não há mesmo qualquer norma no direito penal brasileiro que impeça que se compreenda a autoria mediata nas três formas preconizadas por Roxin: (i) autoria mediata por domínio da vontade por meio de coação, (ii) autoria mediata por domínio da vontade por meio de erro e (iii) autoria mediata por domínio da vontade por meio de um aparato organizado de poder.

A doutrina brasileira mais moderna não tem dificuldades para reconhecer, inclusive, a polêmica figura do “autor por trás do autor”. Juarez Cirino dos Santos (*Direito penal ...*, *op. cit.*, p. 365), por exemplo, afirma que a teoria poderia ser tranquilamente aplicada nos casos de delitos praticados, sob o comando dos generais-presidentes, no período da ditadura militar brasileira.

5 DO JULGAMENTO DO RESP N. 1.854.893/SP PELO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA: O QUE HÁ NO CASO E PARA ALÉM DELE? -

43 Também em estudo anterior: FERREIRA, Sérgio Brito. A imputação objetiva da conduta do advogado público parecerista nos delitos de infração de dever de dispensa e inexigibilidade ilegal de licitação (art. 89 da Lei 8.666/1993) – um caso de não cumplicidade em razão da prática de uma conduta neutra? In: ORTS, Miguel Polaino; SAAD-DINIZ, Eduardo; MACRI, José Roberto (org.). *Ações neutras e direito penal*. São Paulo: LiberArs, 2020, p. 115-149.

44 GRECO, Luís; LEITE, Alaor. A “recepção” ..., *op. cit.*, p. 389.

45 MARTINELLI, João Paulo Orsini; BEM, Leonardo Schmitt. *Lições fundamentais de direito penal*: parte geral. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 703.

ANÁLISE DE UM CASO

Os efeitos que decorrem de uma determinada abordagem teórica se deixam sentir melhor quando o dogmático transpõe as barreiras de sua própria mesa de trabalho e procura dialogar com aqueles que aplicam o direito, notadamente os juízes. No âmbito do direito penal tributário, advogados, delegados, promotores de Justiça, auditores fiscais, membros de tribunais de impostos e taxas, entre outros, aplicam também no dia a dia as mais variadas normas jurídicas que se voltam para casos concretos.

A referência a um único caso concreto parece, aqui, ser suficiente para verificar em quais termos a análise da autoria e da participação pode render frutos para a resolução de questões tormentosas que versam sobre a figura que é o objeto central. Não fossem as limitações de tempo e de espaço que não podem ser simplesmente ignoradas, mesmo assim se renunciaria ao exame de um vasto número de decisões do mesmo tribunal ou de tribunais variados. Uma única razão basta: até onde a vista alcança, não se pode dizer que exista uma jurisprudência sobre a figura do “autor por trás do autor” no Brasil. (*Hermenêutica e aplicação do direito*. 3. ed. São Paulo: Freitas Bastos, 1941, p. 217). De acordo com esses parâmetros, não há mesmo uma jurisprudência para se chamar de brasileira sobre a matéria.

Nem mesmo encontrar uma decisão que tenha enfrentado a problemática é algo tão fácil como se reputou num primeiro momento. No curso da investigação, constatou-se que as decisões que dariam ensejo a uma análise sob a perspectiva da figura do “autor por trás do autor” optaram sempre por resolver a questão no cômodo – mas em relação à coisa julgada limitado – plano processual. Cite-se, a título exemplificativo, o Recurso Ordinário em *Habeas Corpus* 109.037/SC do Superior Tribunal de Justiça.

A maioria esmagadora das decisões reconhece, pura e simplesmente, a inexistência de descrição denexo de causalidade entre determinado comportamento de um gestor ou de um administrador qualquer e o resultado que eclodiu em razão da atuação de alguém que se encontrava vinculado à empresa. Limita-se a declarar a nulidade do processo pela inépcia da denúncia, oferecendo ao Ministério Público a possibilidade de oferecimento de outra.⁴⁶

5.1 DOS CONTORNOS DO CASO

Nesse particular, o REsp n. 1.854.893, afeto ao julgamento pela 6.^a Turma do Superior Tribunal de Justiça, aparece como um verdadeiro “oásis no deserto”. Não pelas idiosincrasias em matéria processual, que desafiariam uma outra investigação,⁴⁷ mas pelo conteúdo mesmo da decisão.⁴⁸

O caso julgado pode ser assim resumido: “A”, sócia-proprietária e responsável pela gestão da empresa “E”, em razão de sua inexperiência no mundo dos negócios, delegou o trato das questões tributárias a terceiros que dispunham de conhecimento especializado na área de gestão a empresas de consultoria.⁴⁹ Durante o período de maio de 1998 e dezembro de 2001, a empresa por ela conduzida suprimiu, dolosamente, o recolhimento de imposto sobre circulação de mercadorias no importe de R\$ 691.432,76 (seiscentos e noventa e um mil, quatrocentos e trinta e dois reais e setenta e seis centavos). A supressão de tributo foi viabilizada por fraude à fiscalização tributária – inserção de elementos inexatos e omissão de documentos exigidos pela legislação tributária. “A” foi inicialmente denunciada e posteriormente condenada, em primeira e segunda instâncias, como incurso nas sanções do art. 1.^º, II, da Lei 8.137/1990.

Como fundamento principal para a absolvição de “A”, o

46 As decisões de não recebimento de denúncia por inépcia são problemáticas quando se tem em conta o princípio do *ne bis in idem*. Com a prática, os tribunais viabilizam que alguém seja acusado duas ou mais vezes pelo mesmo fato processual. Destarte, as portas para a violação da proibição de dupla persecução penal estão sempre abertas. Sobre a consumação do direito de acusar como manifestação do *ne bis in idem*, recomenda-se a leitura de ROXIN, Claus; SCHÜNEMANN, Bernd. *Strafverfahrensrecht*. 28. ed. Munique: Beck, 2014, p. 436 e ss. Não se pode desconsiderar que, na prática, quando declarada a nulidade por um tribunal superior, já não mais será possível o oferecimento da denúncia, em razão da superveniência da prescrição da pretensão punitiva.

47 O julgado fornece um excelente substrato para a análise que leva em conta o direito processual penal. O STJ apreciou o recurso especial como se estivesse diante de um recurso de apelação. É muito claro que, para infirmar a responsabilidade penal, revolveu a prova dos autos, o que não se dá, nos termos de sua própria jurisprudência, sem violação ao contido na Súmula 7. Não bastasse, a recorrente foi absolvida pela inexistência de nexode causalidade entre o seu comportamento e o resultado do crime – supressão de tributo estadual –, tese que não foi suscitada pela defesa, o que levanta questionamentos sobre a amplitude conferida ao efeito devolutivo do recurso especial em matéria penal.

48 A frutuosidade analítica da decisão foi bem captada por ESTELLITA, Heloisa. Responsabilidade penal de gestores e REsp 1.854.893: comentários à decisão do STJ. Penal em foco – Jota, São Paulo, novembro de 2020. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/penal-em-foco/responsabilidade-penal-de-gestores-e-resp-1-854-893-comentarios-a-decisao-do-stj-23112020>. Acesso em: 23 jun. 2023. Depois de ler o texto de Estellita, o acórdão referido pareceu ser, realmente, o mais representativo do fenômeno que ora se estuda.

49 Da leitura do acórdão não é possível deduzir quais seriam os terceiros com conhecimentos de gestão e quais seriam as empresas de consultoria.

STJ pontuou que não seria possível imputar a ela a prática do crime de sonegação de imposto sobre circulação de mercadorias com base exclusivamente na teoria do domínio do fato, “máxime porque no plano fático não há descrição de nenhuma circunstância que indique o nexo de causalidade, o qual não se presume”.⁵⁰

Ao contrário do decidido pelas instâncias inferiores, todos os fatos denotam que a conduta da recorrente “A” não foi de aquiescência, mas de negligência ou imprudência em não acompanhar ou fiscalizar as operações fiscais, o que conduziria também à absolvição, uma vez que o crime somente é punido na modalidade dolosa.⁵¹

Em relação ao domínio do fato, interessa considerar que o Tribunal ponderou: (i) para configuração do domínio do fato, não basta a simples referência à posição ocupada por alguém a título de gestão ou de administração; (ii) o domínio por meio de um aparato organizado de poder, como uma das formas de domínio da vontade, constitui-se na hipótese em que alguém, “servindo-se de uma organização verticalmente estruturada e apartada, dissociada da ordem jurídica, emite uma ordem cujo cumprimento é entregue a executores fungíveis, que funcionam como meras engrenagens de uma estrutura automática, não se limita a instigar, mas é verdadeiro autor mediato dos fatos realizados”⁵²; (iii) o domínio do fato opera no plano da abstração e não pode servir, como num passe de mágica, como *ratio* para que se afira a existência do nexo de causalidade entre o crime e o resultado; (iv) a conclusão de que o domínio do fato justifica a imputação da responsabilidade penal nas hipóteses em que alguém, na qualidade de gestor, determina que outrem, como o contador, manipule os dados contábeis com a finalidade de sonegar tributo, é incorreta;⁵³ (v) o âmbito da imputação da responsabilidade que parte de premissas ligadas às características da empresa, como forma societária, número de sócios ou porte do estabelecimento, não autoriza que também nesses casos se presuma a autoria, mormente quando se sabe que não são todas as decisões tomadas por um gestor de uma sociedade empresária que se traduzem no absoluto conhecimento e na devida concordância com as providências administrativas tomadas subsequentemente, as quais, não raramente,

são delegadas a terceiros.

5.2 DAS SOLUÇÕES POSSÍVEIS

A seguir serão analisadas criticamente as soluções que poderiam ser cogitadas.

5.2.1 DA SOLUÇÃO NO PLANO DA AUTORIA MEDIATA POR MEIO DE UM APARATO ORGANIZADO DE PODER

A primeira proposta de solução é justamente aquela que versa sobre a aplicação da teoria do domínio da vontade por meio de um aparato organizado de poder aos casos em que gestores/administradores se valem da estrutura da empresa para executar os mais variados planos delituosos.

O art. 11 da Lei 8.137/1990 permitiria que se aplicasse, *de lege lata*, a teoria do domínio da organização. Mesmo inexistindo um dispositivo similar tão explícito no direito penal alemão, o *BGH* vem trilhando o caminho do domínio da organização no contexto empresarial.

Já parece claro, mas não custa repetir, que nem mesmo a autoridade do *BGH* foi capaz de emprestar ao domínio da organização empresarial fundamentação mais sólida. Do ponto de vista teórico, continua a ser equivocado que uma empresa seja equiparada a um aparato organizado de poder. Nem do ponto de vista criminológico, ponto apontado como essencial para Busato, é possível colocar num mesmo plano uma empresa, constituída dentro das normas jurídicas vigentes no país, a Estados que delinquem de forma sistemática ou a organizações que são constituídas somente para fins delituosos. Na vigência de um Estado de Direito, sempre está aberta a porta para que alguém que ocupa posição na base da pirâmide empresarial rejeite que seu comportamento seja utilizado, por outro que lhe é superior na estrutura, para o cometimento de delitos. É assim em relação a apenas um único funcionário. Também o é em relação a todos eles.

Se Günther Jakobs bem acentuou que “nem tudo se

⁵⁰ A tese da inexistência de descrição do nexo de causalidade foi anunciada, mas dessa vez, conforme se vê, não vicejou. A inépcia pela falta de descrição do nexo de causalidade somente se dá, para o STJ, a *faute de mieux*.

⁵¹ Não é necessário um olhar lá tão atento para verificar que o STJ nega e afirma, sucessivamente, o nexo de causalidade. Como a análise do tipo objetivo precede à do tipo subjetivo, nos casos em que se nega o nexo de causalidade, pouco importa se o comportamento é doloso ou culposo. Para avançar e dizer que o comportamento foi praticado culposamente, o Tribunal não o consegue fazer sem incorrer na incongruência lógica de ter que admitir a existência de nexo de causalidade entre a violação do dever objetivo de cuidado e o resultado lesivo de supressão de tributo. Teria sido melhor, para o Tribunal, que tivesse se absterido, no ponto, de se pronunciar, em *obiter dictum*, sobre a realização de conduta culposa não punível.

⁵² O acórdão cita, com erro de indicação do nome do autor, trecho da obra de Claus Roxin.

⁵³ “Haverá, em tal hipótese, mera coautoria delitiva, o que impossibilita a invocação da teoria do domínio do fato”. O acórdão parece ter querido afirmar que não é possível evocar a teoria do domínio da vontade por meio de um aparato organizado de poder. O Tribunal certamente não desconhece que a coautoria também é delimitada, na concepção de Roxin, pelo domínio funcional do fato.

refere a todos”⁵⁴, Harald Niedermair já registrou, a seu turno, que há situações em que “a comunidade jurídica espera um ‘comigo não’ de cada um dos membros”.⁵⁵ Aquele que está numa posição de subordinação dentro de uma organização que ainda não perdeu a sua vinculação ao direito tem a obrigação, e não o direito, de impedir que seus comportamentos sejam utilizados para viabilizar atividades de caráter delituoso.

O STJ chegou a trazer a questão ao debate, mas, corretamente, negou-se a conceber o caso concreto como hipótese na qual se aplicaria a teoria do domínio da organização empresarial. Embora se tratasse de pequeno grupo empresarial, que, segundo Roxin, não poderia ser tido, ainda com mais razão, como um aparato organizado de poder⁵⁶, o Tribunal não se furtou a mencionar que “também não é correto, no âmbito da imputação da responsabilidade penal, partir da premissa ligada à forma societária, ao número de sócios ou ao porte apresentado pela empresa para se presumir a autoria, sobretudo porque nem sempre as decisões tomadas por gestor de uma sociedade empresária ou pelo empresário individual [...] implicam o absoluto conhecimento e aquiescência com os trâmites burocráticos subjacentes, os quais, não raro, são delegados a terceiros”.

Não é pela via do domínio da vontade por meio de um aparato de poder, portanto, que a questão da punibilidade de “A” pode ser respondida.

5.2.2 DA SOLUÇÃO NO PLANO DA INSTIGAÇÃO

A segunda proposta de solução é aquela que preconiza a responsabilização do homem de trás por instigação. Um dos maiores expoentes da teoria da instigação é Rolf Dietrich Herzberg, o qual coloca assento, em primeiro lugar, no princípio (autor)responsabilidade. A teoria do domínio do fato possui sua forma de convicção muito fortemente atrelada a esse princípio. Na medida em que a teoria do domínio da organização se dispõe a mitigar os efeitos do princípio (autor)responsabilidade, a teoria acaba por perder sua força de tração. Além disso, a teoria do domínio da organização seria problemática na

medida em que também pode ser reputada como falsa a compreensão de que, nos aparatos organizados de poder, somente por meio da responsabilização do homem de trás como autor é que se confere à situação o peso material de sua colaboração.

A indução ao cometimento de um crime lesiona o mesmo bem jurídico que o próprio cometimento; aquela tem, conforme a clara valoração da lei, o mesmo conteúdo de injusto, também em termos quantitativos”⁵⁷. Portanto, é errado afirmar que aquele que instiga a prática delitiva nada mais é do que uma figura periférica, não se expressando, por isso, uma posição dominante no evento (*Autoria mediata ...*, *op. cit.*, 1, n. p).

Embora Herzberg sustente que a interpretação dele não compromete, no todo, a teoria do domínio do fato, sua visão, nesse ponto, parece ser equivocada. Do ponto de vista material sustentado pela teoria do domínio do fato, autor é aquele que aparece como a figura central do acontecimento típico. E é rotundamente evidente que, ainda que a execução seja incumbida a subordinados que podem ser substituídos, a realização do tipo depende somente da vontade do superior de quem a ordem parte. O gestor/administrador aparece, nesse caso, como a figura central dos delitos que foram determinados por ele e não precisa procurar um autor, diferentemente do que ocorre com o instigador. É suficiente que ele emita uma ordem, enquanto o instigador tem que manter contato com o potencial autor e convencê-lo a tomar parte no seu plano.⁵⁸

Acertadamente, o Superior Tribunal de Justiça nem mesmo considerou, no seu julgado, que “A” pudesse ser instigadora do crime de supressão de recolhimento de ICMS. E isso apesar de ter reconhecido, ainda que subrepticiamente, que, no caso, “gerentes com conhecimento técnico especializado” e integrantes de “empresas de consultoria” teriam sido plenamente responsáveis pela prática dos atos de supressão, o que conduziria o homem de trás a ser partícipe, e não autor mediato.

54 JAKOBS, Günther. La prohibición de regreso en los delitos de resultado. Estudio sobre el fundamento de la responsabilidad jurídico-penal en la comisión. In: JAKOBS, Günther. *Estudios de derecho penal*. Trad. de Enrique Peñarada Ramos, Carlos J. Suárez Gonzáles, Manuel Cancio Meliá. Madrid: Civitas, 1997, p. 266.

55 NIEDERMAIR, Harald. *Straflose Beihilfe durch neutrale Handlungen?*. ZStW, v. 107, n. 3, 1995, p. 539.

56 “A organização, pois, deve alcançar certa dimensão e não depender de determinados membros concretos [...] O domínio sobre a realização do tipo não se baseia, pois, na falta de responsabilidade do esbirro executor, senão em seu grande número, que assegura inexoravelmente a execução” (ROXIN, Claus, *Täterschaft ...*, *op. cit.*, § 44, n. 371 e 374, n.p.). Roxin esclarece o que quer dizer com exemplos e conceitos que permitem deduzir que, por exemplo, não consideraria ‘aparato de poder’ no sentido de sua figura jurídica uma empresa mediana quanto ao número de empregados, por muito que esta pudesse estar organizada de maneira rígida e tivesse muitos empregados obedientes que agem bem” (HERZBERG, Rolf Dietrich, *Autoria mediata ...*, *op. cit.*, 1, n. p.).

57 O autor se refere aqui aos mesmos limites de pena compartilhados pela autoria e pela instigação de acordo com o § 26 do Código Penal alemão.

58 BRETTEL, Hauke; SCHNEIDER, Hendrik, *Wirtschaftsstrafrecht ...*, *op. cit.*, p. 89.

5.2.3 DA SOLUÇÃO NO PLANO DA COAUTORIA

A terceira proposta de solução para o caso da responsabilidade daquele que atua por meio de estruturas organizadas se dá no plano da coautoria.

São dois aqui os problemas para reconhecimento puro e simples da coautoria. O primeiro deles pode ser difícil de admitir, no caso, a existência de um plano delitivo em comum, tendo em vista que não é raro que o homem de trás e o homem da frente nem se conheçam; o segundo é que pode faltar uma execução conjunta, na medida em que o “autor de escrivania” não necessariamente precisa “sujar suas mãos”.⁵⁹

A despeito dos problemas supracitados, a melhor solução parece ser a versão que Schünemann, secundado por Greco, dá ao fenômeno da coautoria. E isso também em relação ao caso concreto julgado pelo STJ.

Para Schünemann e Greco é impossível negar que existe a necessidade de que as pessoas que conduzem empresas sejam responsabilizadas como autoras no caso dos delitos praticados pelos seus funcionários.⁶⁰ A máxima de Roxin de que o autor é a figura central do acontecimento típico, aquele que domina o “se” e o “como” da prática criminosa, possui uma plausibilidade tão grande que parece contraintuitiva a qualificação do gestor ou do administrador da empresa como mero instigador. Ao se ter que o gestor/administrador da empresa não pode ser considerado autor mediato pelo domínio da vontade por meio de um aparato organizado de poder, na medida em que, na empresa, os seus colaboradores não são fungíveis - havendo sempre espaço para que, dentro do direito, abstenham-se de participar de esquemas delituosos -, é necessário verificar se há outra categoria que fundamente, de forma adequada, a autoria.⁶¹ Nesse contexto é que Schünemann apresentará e Greco

endossará – como desdobramento de sua teoria do domínio sobre o fundamento do resultado -, o argumento que, segundo se sustenta aqui, traz consigo o maior potencial. Um passo atrás é, entretanto, necessário.

De acordo com Schünemann, o domínio sobre o fundamento do resultado se apresenta como o critério distintivo entre a autoria e a participação nos delitos comissivos de resultado, nos delitos especiais e nos delitos omissivos impróprios.⁶² No primeiro caso, o domínio se apresenta como o domínio sobre o próprio corpo (domínio sobre o centro pessoal).⁶³ No segundo e terceiro, o domínio se apresenta como o domínio sobre uma situação de vulnerabilidade do bem jurídico ou sobre uma fonte de perigo.⁶⁴ Aquele que se responsabiliza pela integridade de bens jurídicos, numa perspectiva de prevenção geral positiva, garante a não ocorrência de resultados lesivos. E um dos casos mais expressivos da posição de garante seria aquele que funda a responsabilidade dos “homens de negócio”.⁶⁵

Essa posição possui duplo efeito: garante, ao mesmo tempo, uma intervenção por omissão e uma participação por comissão, o que caracteriza uma coautoria denominada coautoria organizacional.⁶⁶

Segundo Greco, “Schünemann sugeriu, portanto, que a ‘dupla participação de um garante ao mesmo tempo (como participante da omissão e como participante ativo)’ ser avaliada como coautoria (a chamada coautoria organizacional), porque o diretor, por um lado, obtém domínio de garantia e, por outro, sua contribuição ativa adicional para o fato adquire geralmente um controle tão forte sobre o evento que as contribuições, que podem ser qualificadas isoladamente como instigação e participação na omissão, só podem ser adequadamente cobertas por uma punição por coautoria (enquanto sua predominância em uma organização que não foi dissolvida do direito não

59 *Ibidem*, p. 89.

60 SCHÜNEMANN, Bernd; GRECO, Luís. Vor § 25 ..., *op. cit.*, n. 152, n. p.

61 *Ibidem*, n. 152, n. p.

62 SCHÜNEMANN, Bernd, Vorwort zu Band II meiner Gesammelten Werke in 5 Bänden. In: SCHÜNEMANN, Bernd. *Täterschaft als Herrschaft über den Grund des Erfolges*. Berlin: Walter de Gruyter, 2020, I, 3, n. p. Disponível em: <https://www.perlego.com/book/1448987/tterschaft-als-herrschaft-ber-den-grund-des-erfolges-pdf>. Acesso em: 26 jun. 2023.

63 SCHÜNEMANN, Bernd. Die Formen der strafrechtlichen Täterschaft und ihre Grundstruktur. In: SCHÜNEMANN, Bernd. *Täterschaft als Herrschaft über den Grund des Erfolges*. Berlin: Walter de Gruyter, 2020, subtítulo IV.1, n. p. Disponível em: <https://www.perlego.com/book/1448987/tterschaft-als-herrschaft-ber-den-grund-des-erfolges-pdf>. Acesso em: 26 jun. 2023. É necessário construir uma ligação entre pessoa e resultado (SCHÜNEMANN, Bernd. *Grund und Grenzen der unechten Unterlassungsdelikte – Zugleich ein Beitrag zur strafrechtlichen Methodenlehre*. In: SCHÜNEMANN, Bernd. *Täterschaft als Herrschaft über den Grund des Erfolges*. Berlin: Walter de Gruyter, 2020, § 18, II, 2, c, n. p. Disponível em: <https://www.perlego.com/book/1448987/tterschaft-als-herrschaft-ber-den-grund-des-erfolges-pdf>. Acesso em: 26 jun. 2023).

64 SCHÜNEMANN, Bernd, Vorwort ..., *op. cit.*, subtítulo I.3, n.p.

65 SCHÜNEMANN, Bernd. Sobre a posição de garantidor nos delitos de omissão imprópria – possibilidades histórico-dogmáticas, materiais e de direito comparado para escapar de um caos. In: *Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito*. São Paulo: Marcial Pons, 2013, p. 173.

66 SCHÜNEMANN, Bernd; GRECO, Luís. Vor § 25 ..., *op. cit.*, n. 152, n. p.

é tão grande que justifique a autoria mediata)”⁶⁷.

O problema geral já adiantado sobre a inexistência de um plano conjunto é resolvido por Schünemann no plano da metodologia do direito. Segundo sua concepção de domínio do fato, que tem natureza tipológica e não conceitual, as características do tipo, ora mais fracas, ora mais fortes, podem se compensar no caso concreto, de modo a permitir que o aplicador do direito ainda assim veja a manifestação do caso concreto como expressão de um determinado tipo.⁶⁸ No caso do tipo da coautoria, as características fundamentais são duas: a divisão de trabalho e o plano comum. No caso de estruturas verticalizadas, não se pode negar que entre o diretor e os órgãos de execução falta um plano comum; embora se deva reconhecer mesmo a existência de fraca caracterização dessa dimensão, que se aproxima mais de uma decisão de ajuste, isso se compensa, porém, pela estreita vinculação organizatória das contribuições para o fato. No caso das contribuições dos órgãos de direção que não são implementadas no estágio de execução do delito, elas podem ser compensadas pela extensão da eficácia das ordens devido à estrutura organizacional (SCHÜNEMANN, Bernd; GRECO, Luís. *Vor § 25 ...*, *op. cit.*, n. 152).

Embora o STJ não tenha avançado na análise da questão da coautoria, é ela, e não outra categoria, que poderia justificar a responsabilidade de “A”, como autora, pela supressão do recolhimento do ICMS. Em razão da posição que ocupava na direção/administração da empresa, que corresponde à posição de garante inscrita no art. 13, § 2.º, do Código Penal, cabia-lhe a obrigação de atuar para evitar a realização do resultado. A sua omissão, que não poderia ser justificada por questões relacionadas à falta de experiência, é de se reconhecer, era penalmente relevante, de modo que, no ponto, a decisão do STJ não pode ser cancelada.

6 CONCLUSÃO

Sob a forma de tópicos, pode-se inferir que:

- (1) o direito penal brasileiro é tributário de um conceito diferenciador de autoria;
- (2) como critério de diferenciação, é possível adotar, sem quaisquer problemas de compatibilidade, a teoria do domínio do fato;
- (3) a autoria mediata por domínio da vontade por meio de aparatos organizados de poder também pode ser aplicada no direito penal brasileiro, desde que preenchidos três pressupostos: (i) poder de mando dentro de uma estrutura organizada; (ii) fungibilidade dos executores e

- (iii) dissociação entre o aparato organizado e o direito;
- (4) uma leitura mais apressada do art. 11 da Lei 8.137/1990 pode induzir à conclusão de que, no direito penal tributário, o domínio da organização pode ser estendido às organizações empresariais;
- (5) essa leitura não merece prosperar porque as empresas não podem ser equiparadas a organizações dissociadas do direito e porque seus funcionários não podem ser enquadrados na categoria de peças substituíveis de uma linha de montagem;
- (6) a responsabilidade do homem de trás, como autor, deve ser buscada na coautoria, e não na autoria mediata ou na instigação;
- (7) quando se leva em consideração o conjunto dos comportamentos dos homens de trás e dos homens da frente numa estrutura organizacional que opera dentro dos marcos do Estado de direito, é a coautoria organizacional a melhor explicação para que se bem compreenda o fenômeno do “autor por trás do autor”.

7 REFERÊNCIAS

- ALFLEN, Pablo Rodrigo. **Teoria do domínio do fato**. São Paulo: Saraiva, 2014.
- AMARO, Luciano. **Direito tributário brasileiro**. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2023.
- AMBOS, Kai. **Sobre la “organización” en el dominio de la organización**. In: REYES ALVARADO, Yesid; OROZCO LÓPEZ, Hernán Darío. **Aparatos organizados de poder**. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2020.
- BRETTEL, Hauke; SCHNEIDER, Hendrik. **Wirtschaftsstrafrecht**. 2. ed. Baden-Baden: Nomos, 2018.
- BUSATO, Paulo César. **Direito Penal: Parte Geral**. v. 1. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2020.
- CAMARGO, Beatriz Corrêa. Jurisprudência comentada: Sobre o domínio do fato no contexto da criminalidade empresarial. **Revista Brasileira de Ciências Criminas**, São Paulo, v. 21, n. 102, p. 365-393, mai./jun. 2013.
- CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **Direito penal: parte geral**. 9. ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020.
- COSTA, Helena Regina Lobo da. **Autoria e participação na denominada Operação Lava Jato: aplicação da teoria**

⁶⁷ *Ibidem*, n. 152, n. p.

⁶⁸ SCHÜNEMANN, Bernd, *Die Formen ...*, *op. cit.*, subtítulo III.2, n. p.

do domínio do fato. In: AMBOS, Kai; ZILLI, Marcos Zilli; MENDES, Paulo de Sousa (Org.). **Corrupção. Ensaio sobre a Lava Jato**. São Paulo: Marcial Pons, 2019, p. 223-248.

COÊLHO, Sacha Calmon Navarro. **Curso de Direito Tributário Brasileiro**. 18. ed. São Paulo: Grupo GEN, 2022.

EISELE, Jörg; HEINRICH, Bernd. *Strafrecht Allgemeiner Teil*. 2. ed. Stuttgart: Kohlhammer, 2020. Disponível em: <https://www.perlego.com/book/1794062/strafrecht-allgemeiner-teil-fr-studienanfnger-pdf>. Acesso em: 11 jun. 2023.

ESSER, Robert. **Deutsches Strafrecht Allgemeiner Teil**. 7. ed. Stuttgart: Kohlhammer, 2022.

ESTELLITA, Heloisa. Responsabilidade penal de gestores e REsp 1.854.893: comentários à decisão do STJ. **Penal em foco – Jota**, São Paulo, novembro de 2020. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/penal-em-foco/responsabilidade-penal-de-gestores-e-resp-1-854-893-comentarios-a-decisao-do-stj-23112020>.

FERREIRA, Sérgio Brito. A imputação objetiva da conduta do advogado público parecerista nos delitos de infração de dever de dispensa e inexigibilidade ilegal de licitação (art. 89 da lei n. 8.666/93)? – Um caso de não cumplicidade em razão da prática de uma conduta neutra? In: ORTS, Miguel Polaino; SAAD-DINIZ, Eduardo; MACRI, José Roberto (org.). **Ações neutras e direito penal**. São Paulo: LiberArs, 2020, p. 115-149.

GRECO, Luís; LEITE, Alaor. **A “recepção” das teorias do domínio do fato e do domínio da organização no direito penal econômico brasileiro**: observações sobre as formas de intervenção no delito na Ação Penal 470 do Supremo Tribunal. *ZIS, Gießen*, ano 10, n. 7/8, p. 386-393, 2015.

HERZBERG, Rolf Dietrich. **Autoría mediata e inducción en las organizaciones formales**. In: REYESALVARADO, Yesid; OROZCO LÓPES, Hernán Darío. **Aparatos organizados de poder**. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2020.

JAKOBS, Günther. La prohibición de regresso en los delitos de resultado. Estudio sobre el fundamento de la responsabilidad jurídico-penal en la comisión. In: JAKOBS, Günther. **Estudios de derecho penal**. Trad. de Enrique Peñarada Ramos, Carlos J. Suárez González, Manuel Cancio Meliá. Madrid: Civitas, 1997, p. 241-270.

JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas.

Tratado de Derecho Penal. Parte General. 5. ed. Trad. de Miguel Olmedo Cardenete. Granada: Comares, 2002.

JOECKS, Wolfgang. **Strafgesetzbuch – Studienkommentar**. 10. ed. Munique: Beck, 2012.

KREY, Volker; ESSER, Robert. **Deutsches Strafrecht Allgemeiner Teil**. 7. ed. Stuttgart: Kohlhammer, 2022.

KÜHL, Kristian. **Strafrecht Allgemeiner Teil**. 8. ed. Munique: Vahlen, 2017.

MACHADO, Hugo de Brito. **Comentários ao Código Tributário Nacional**: artigos 1.º ao 95. v. 1. 3. ed. São Paulo: Grupo GEN, 2015.

MARTINELLI, João Paulo Orsini; BEM, Leonardo Schmitt. **Lições fundamentais de direito penal**: parte geral. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. 3. ed. São Paulo: Freitas Bastos, 1941.

MUÑOZ CONDE, Francisco. ¿Dominio de la voluntad en virtud de aparatos de poder organizados en organizaciones “no desvinculadas del derecho”? **Revista Penal**, Valencia, n. 6, p. 104-114, jul. 2000.

NIEDERMAIR, Harald. **Straflose Beihilfe durch neutrale Handlungen?** *ZStW*, v. 107, n. 3, p. 507-544, 1995.

OROZCO LÓPES, Hernán Darío. Introducción. Rasgos básicos del debate sobre la intervención delictiva en los casos de aparatos organizados de poder. In: REYES ALVARADO, Yesid; OROZCO LÓPES, Hernán Darío. **Aparatos organizados de poder**. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2020.

OTTO, Harro. Autoría en virtud de aparatos organizados de poder. In: REYES ALVARADO, Yesid; OROZCO LÓPES, Hernán Darío. **Aparatos organizados de poder**. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2020.

RANGIER, Rudolf. **Strafrecht Allgemeiner Teil**. 10. ed. Munique: Beck, 2018.

REALE JÚNIOR, Reale. **Fundamentos de direito penal**. São Paulo: Grupo Gen, 2020.

ROTSCH, Thomas. ¿Dominio del hecho en virtud del dominio de organización?. In: REYES ALVARADO, Yesid; OROZCO LÓPES, Hernán Darío. **Aparatos organizados de poder**. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2020, n. p.

ROXIN, Claus. **Täterschaft und Tatherrschaft**. 11. ed.

Berlim: De Gruyter, 2022.

ROXIN, Claus; SCHÜNEMANN, Bernd. **Strafverfahrensrecht**. 28. ed. Munique: Beck, 2014.

SCHOUERI, Luís Eduardo. **Direito Tributário**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2023.

SCHÜNEMANN, Bernd. Schrumpfende Basis, wachsender Überbau? Zum Schicksal der Tatherrschaftsdoktrin nach 50 Jahren. In: SCHÜNEMANN, Bernd. **Täterschaft als Herrschaft über den Grund des Erfolges**. Berlin: De Gruyter, 2020. Disponível em: <https://www.perlego.com/book/1448987/tterschaft-als-herrschaft-ber-den-grund-des-erfolges-pdf>. Acesso em: 24 jun. 2023.

_____. Die Formen der strafrechtlichen Täterschaft und ihre Grundstruktur. In: SCHÜNEMANN, Bernd. **Täterschaft als Herrschaft über den Grund des Erfolges**. Berlin: Walter de Gruyter, 2020. Disponível em: <https://www.perlego.com/book/1448987/tterschaft-als-herrschaft-ber-den-grund-des-erfolges-pdf>. Acesso em: 26 jun. 2023.

_____. **Grund und Grenzen der unechten Unterlassungsdelikte** – Zugleich ein Beitrag zur strafrechtlichen Methodenlehre. In: SCHÜNEMANN, Bernd. **Täterschaft als Herrschaft über den Grund des Erfolges**. Berlin: Walter de Gruyter, 2020. Disponível em: <https://www.perlego.com/book/1448987/tterschaft-als-herrschaft-ber-den-grund-des-erfolges-pdf>. Acesso em: 26 jun. 2023.

_____. Sobre a posição de garantidor nos delitos de omissão imprópria – possibilidades histórico-dogmáticas, materiais e de direito comparado para escapar de um caos. In: **Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito**. São Paulo: Marcial Pons, 2013.

_____. Vorwort zu Band II meiner Gesammelten Werke in 5 Bänden. In: SCHÜNEMANN, Bernd. **Täterschaft als Herrschaft über den Grund des Erfolges**. Berlin: Walter de Gruyter, 2020, I, 3, n. p. Disponível em: <https://www.perlego.com/book/1448987/tterschaft-als-herrschaft-ber-den-grund-des-erfolges-pdf>. Acesso em: 26 jun. 2023.

SCHÜNEMANN, Bernd; GRECO, Luís. Vor § 25. In: CIRENER, Gabriele; RADTKE, Henning; RISSING-VAN SAAN, Ruth; Thomas Rönnau; SCHLUCKEBIER, Wilhelm (org.). **Strafgesetzbuch**. Leipziger Kommentar. §§ 19-31. v. 2. 13. ed. Berlin: De Gruyter, 2021.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **La expansión del derecho penal – aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales**. 2. ed. Madrid: Civitas, 2001.

SUTHERLAND, Edwin. A Criminalidade de Colarinho Branco. **Revista Eletrônica de Direito Penal e Política Criminal**, Porto Alegre, v. 2, n. 2, p. 93-103, 2014.

A IMPORTÂNCIA DA NÃO RENÚNCIA ÀS CONDIÇÕES INICIAIS DO ANPP: COMPROMISSO COM OS PRINCÍPIOS DA BOA-FÉ E MORALIDADE

CARLOS SAMUEL BORGES CUNHA

PROMOTOR DE JUSTIÇA DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS

GUSTAVO BIANCHETTI LIMA GAMA

PÓS-GRADUANDO EM DIREITO PENAL E PROCESSO PENAL

RESUMO: Os princípios da boa-fé e da moralidade no contexto do Acordo de Não Persecução Penal (ANPP) reforçam o compromisso do Ministério Público (MP) com a prevenção e a reprovação do crime, conforme artigo 28-A do Código de Processo Penal. A flexibilidade ética e a credibilidade do MP nas negociações pode ser uma ferramenta valiosa para a efetividade da não renúncia de forma inadequada às condições iniciais estipuladas no ANPP para garantir a integridade do acordo e a confiança da sociedade no sistema de justiça.

PALAVRAS-CHAVE: Acordo de Não Persecução Penal. Boa-fé. Moralidade. Ministério Público.

1. INTRODUÇÃO: ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL, DESAFIOS ÉTICOS E EFICÁCIA

O Ministério Público desempenha papel fundamental na estipulação das condições que regerão o Acordo de Não Persecução Penal (ANPP), pois abrir mão inadequadamente das condições inicialmente propostas comprometeria os princípios da boa-fé e da moralidade, além de minar a eficácia e a credibilidade do próprio ANPP.

O Acordo de Não Persecução Penal (ANPP) é um instrumento jurídico de caráter extrajudicial. Introduzido no Código de Processo Penal pela Lei 13.964/2019, esse acordo é celebrado entre o Ministério Público, o agente envolvido em um crime e seu advogado ou defensor público durante a fase de investigação criminal.

No ANPP, o investigado confessa de maneira

formal e circunstanciada a prática do delito e concorda em cumprir certas condições estipuladas pelo *Parquet*. Em contrapartida, o Ministério Público se compromete a arquivar o caso, desde que todas as condições acordadas se cumpram integralmente.

É essencial que o acordo atenda aos requisitos subjetivos e objetivos estabelecidos no artigo 28-A do CPP, dentre eles a existência de justa causa para iniciar uma ação penal, a confissão do investigado, a prática de infração penal sem violência ou grave ameaça com pena mínima inferior a quatro anos, além de considerado necessário e suficiente para a reprovação e a prevenção do crime.

Ao investigado no âmbito do ANPP são delineadas pelo Código de Processo Penal, de forma cumulativa ou alternada, as seguintes condições: a obrigação de reparar o dano ou restituir a coisa à vítima, exceto na impossibilidade de fazê-lo; renunciar voluntariamente a bens e a direitos indicados pelo Ministério Público como instrumentos, produto ou proveito do crime; prestar serviço à comunidade ou a entidades públicas por período correspondente à pena mínima cominada ao delito diminuída de um a dois terços, em local a ser indicado pelo juízo da execução.

É importante ressaltar que o Código de Processo Penal também concede ao Ministério Público a prerrogativa de estabelecer condições específicas a serem cumpridas pelo investigado por um prazo determinado. No entanto, essa disposição encontra limites na necessidade de que tais condições sejam proporcionais e compatíveis com a natureza da infração penal imputada.

O ANPP representa uma alternativa ao processo penal tradicional de promover a celeridade e a eficiência na resposta à criminalidade, desde que observados rigorosamente seus requisitos e princípios legais. Os limites de renúncia às condições iniciais propostas no ANPP enfatizam o compromisso do Ministério Público

com os princípios da boa-fé e da moralidade, bem como a manutenção da eficácia e credibilidade do próprio acordo.

2. A MORALIDADE E A BOA-FÉ COMO PRINCÍPIOS ORIENTADORES

Baseado nas premissas de que o Direito Administrativo brasileiro está moldado pela Constituição Federal de 1988 com dimensão axiológica específica, e que a ação administrativa está intrinsecamente vinculada aos princípios e às regras constitucionais, é essencial analisar como a moralidade e a boa-fé se encaixam no contexto do Ministério Público e quais são suas implicações no ANPP.

Os princípios são diretrizes que permeiam e fundamentam o sistema legal como bases para normas jurídicas e, em alguns casos, normas-princípios incorporadas positivamente com a função de orientar o legislador na criação de leis e na interpretação precisa do ordenamento jurídico.

O Direito Administrativo brasileiro é permeado por princípios explícitos como legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência estabelecidos no artigo 37 da Constituição Federal, além de princípios implícitos que estão alinhados com o regime democrático, entre os quais a boa-fé e a segurança das relações jurídicas.

A moralidade e a boa-fé como princípios de aplicação no Ministério Público trazem a ética para o âmbito ministerial, introduzindo o papel de fiscal da justiça e defensor dos direitos indisponíveis, o que exige do MP atuação de acordo com os princípios éticos públicos e, especialmente, com um grau mínimo de previsibilidade. Portanto, moralidade e boa-fé em conjunto, embora possuam conteúdos distintos, compartilham fundamentos e efeitos jurídicos próximos.

A aplicação dos princípios da moralidade e da boa-fé transcende o universo do Direito Administrativo para se projetar com significativa relevância no âmbito penal. Esta dualidade, que reflete não apenas a natureza multifacetada do Ministério Público, mas também a interconexão administrativa e judicial, zela pela observância dos princípios éticos ao contribuir diretamente para a integridade do ordenamento jurídico. Essa perspectiva consolida o compromisso deste órgão de Estado com a promoção da justiça e a defesa incansável dos valores fundamentais que permeiam tanto o Direito Administrativo quanto o Direito Criminal.

A observância de padrões éticos elevados para a promoção do bem comum alinha-se ao princípio da moralidade, considerado um dos pilares fundamentais da atuação dos agentes públicos para a prevenção e a reprovação do crime.

Como a boa-fé orienta as ações do promotor de Justiça na qualidade de agente público, exigindo honradez, transparência e justiça em todas as atividades, este princípio pode ser visto tanto em sentido subjetivo, relacionado ao estado de consciência e intenção individual das partes em cumprir as obrigações legais, quanto em sentido objetivo, representando um modelo de conduta social que enfatiza honestidade, lealdade e probidade. No contexto do ANPP, a boa-fé requer que o Ministério Público aja de forma íntegra ao estipular as condições iniciais, evitando renunciar a elas de maneira inadequada.

3. COMPROMISSO COM A PREVENÇÃO E A REPROVAÇÃO DO CRIME

Ao estipular as condições iniciais do ANPP, o Ministério Público deve fazê-lo com o compromisso inequívoco de prevenir novos crimes e reprovar a conduta criminosa. Essas condições não apenas precisam refletir uma abordagem justa e equitativa, mas também devem ser criteriosamente suficientes para atingir esses objetivos primordiais.

O Ministério Público, como guardião da ordem jurídica e defensor dos interesses sociais, desempenha um papel crucial na busca incessante pela prevenção de práticas delituosas e na reprovação de atos criminosos no contexto do Acordo de Não Persecução Penal, mas também na implementação de medidas que contribuam efetivamente para a prevenção do crime.

Ao formular as condições do ANPP, o Ministério Público não apenas busca a justiça no caso específico, mas também aspira a uma prevenção que impeça a recorrência de condutas criminosas sem abrir mão da reprovação necessária. A ênfase à prevenção e à reprovação efetiva reforça o compromisso de se construir uma sociedade mais segura, justa e alinhada aos princípios éticos que regem a atuação da Instituição no cenário jurídico brasileiro.

4. CREDIBILIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO E DO PRÓPRIO ANPP

A credibilidade do Ministério Público não é apenas um pilar fundamental para o eficaz funcionamento do sistema de justiça. É a pedra angular na relação entre a Instituição e a sociedade nos procedimentos administrativos e processuais. A boa-fé, como contraponto à má-fé, representa o comportamento íntegro do agente público perante a sociedade.

Nesse aspecto, a lealdade constitui a dimensão intrínseca do princípio da moralidade administrativa, e, por extensão, do Ministério Público. Ela incorpora valores éticos de confiança mútua entre a instituição e a sociedade no Acordo de Não Persecução Penal. É por meio da prática consistente da boa-fé e da lealdade que se asseguram ações que estejam em harmonia com os interesses públicos e com a busca incansável por justiça.

Por conseguinte, a abertura excessiva para renúncia às condições iniciais propostas no ANPP, que é uma ferramenta valiosa a se usar com integridade, pode prejudicar a credibilidade do Ministério Público perante a sociedade, minando a confiança nas ações do órgão. A manutenção das condições iniciais é fundamental para garantir que o acordo permaneça como um instrumento eficaz no sistema de justiça.

4.1. NÃO ABERTURA PARA NEGOCIAÇÕES INADEQUADAS

Renunciar às condições iniciais propostas de forma inadequada pode abrir espaço para negociações que comprometam a eficácia do ANPP, uma vez que o Ministério Público não deve negociar aspectos que são essenciais à prevenção e à reprovação do crime.

Ao estipular as condições que evitem comprometer a efetividade do ANPP, o Ministério Público deve identificar e preservar elementos que garantam não apenas a justiça no caso específico, mas também contribuam para a prevenção de práticas delituosas e a adequada reprovação da conduta criminosa.

Como a responsabilidade do Ministério Público vai além do contexto do ANPP, estendendo-se à busca incessante pela prevenção de práticas delituosas e à reprovação efetiva de atos criminosos, qualquer concessão que comprometa esses objetivos contradiz o papel essencial da Instituição na sociedade.

Em síntese, a não abertura para negociações inadequadas é essencial para preservar a credibilidade e o compromisso firme com princípios éticos do Ministério Público e manter a integridade do sistema de justiça, garantindo que o ANPP cumpra sua função de maneira justa, equitativa e em conformidade com os valores que norteiam a Instituição.

4.2. NEGOCIAÇÕES NECESSÁRIAS

No contexto do Acordo de Não Persecução Penal (ANPP), é crucial compreender que a ênfase na não renúncia inadequada às condições iniciais propostas não implica a proibição total de negociações. Pelo contrário, o Ministério Público, ao oferecer o ANPP, almeja a efetiva implementação do acordo, para o qual a negociação entre as partes é vista como um instrumento legítimo para alcançar uma abordagem eficaz.

O ANPP, concebido como uma alternativa ao processo penal tradicional, visa à celeridade na resposta à criminalidade, eficácia intrinsecamente ligada ao cumprimento integral das condições estipuladas nas negociações entre as partes do acordo para a busca das soluções.

Ao propor as negociações, é importante considerar que tal acordo deve estar alinhado com os objetivos primordiais do ANPP: prevenção de novos crimes e reprovação da conduta criminosa. Logo, as partes devem buscar meios que garantam não apenas a justiça no caso específico, mas também contribuam para a prevenção efetiva de práticas delituosas.

Um exemplo prático de negociação das condições estipuladas no ANPP é o de conciliar a necessidade de reparação ou restituição com a capacidade financeira do acusado, permitindo um cumprimento mais factível e realista das obrigações pactuadas.

Portanto, as negociações necessárias não devem comprometer os princípios fundamentais do ANPP, mas sim atuar como um meio para garantir sua eficácia. A flexibilidade nas negociações, quando realizadas de maneira ética e transparente, pode contribuir para a adaptação do ANPP às circunstâncias específicas de cada caso, sem comprometer sua integridade e os princípios de boa-fé e moralidade que o fundamentam. Assim, a busca por soluções negociadas se apresenta como uma ferramenta valiosa para a efetiva aplicação do ANPP, desde que estejam em consonância com os propósitos originais do acordo.

5. CONCLUSÃO

A não renúncia inadequada às condições iniciais propostas no Acordo de Não Persecução Penal (ANPP) como um princípio essencial para preservar a integridade, eficácia e credibilidade desse instrumento jurídico evidencia o papel crucial do Ministério Público na elaboração e na estipulação das condições do ANPP para o compromisso com os princípios da boa-fé e da moralidade.

O ANPP, como alternativa ao processo penal tradicional, visa promover a celeridade e a eficiência na resposta à criminalidade. No entanto, sua eficácia está intrinsecamente ligada à observância integral das condições pactuadas entre as partes. A não renúncia inadequada a essas condições não apenas reforça o compromisso do Ministério Público com a ética e a justiça, mas também preserva a confiança da sociedade no sistema de justiça como um todo.

A análise dos princípios da boa-fé e da moralidade no contexto do Ministério Público e do ANPP ressalta a importância de uma atuação ética e transparente, alinhada aos valores fundamentais que regem a instituição. A moralidade e a boa-fé não são apenas conceitos abstratos, mas diretrizes que orientam a conduta do promotor de Justiça para a defesa dos direitos indisponíveis. Logo, as condições estipuladas no ANPP devem ser cuidadosamente formuladas para não apenas garantir a justiça no caso específico, mas também contribuir para a construção de uma sociedade mais segura e ética.

Neste quesito, a busca incessante pela prevenção e reprovação do crime reflete o compromisso com a ordem jurídica e a defesa dos interesses sociais. A credibilidade e a manutenção da boa reputação institucional é um ativo valioso para o eficaz funcionamento do sistema de justiça, que requer a prática consistente da boa-fé e da lealdade, princípios diretamente impactados pela renúncia inadequada às condições do ANPP, porquanto a abertura excessiva para negociações que comprometam a eficácia do acordo pode minar a confiança da sociedade nas ações do Ministério Público.

Portanto, a não abertura para negociações inadequadas e a realização de negociações necessárias, pautadas nos princípios éticos, representam abordagens equilibradas para garantir a eficácia do ANPP sem comprometer seus fundamentos. A flexibilidade ética nas negociações, quando alinhada aos propósitos originais do acordo, emerge como uma ferramenta valiosa para a adaptação do ANPP às circunstâncias específicas de

cada caso.

Em última análise, a não renúncia às condições iniciais propostas no ANPP não é apenas uma formalidade legal, mas um compromisso moral e ético de o Ministério Público contribuir para a construção de um sistema de justiça confiável e eficiente. A firmeza na manutenção dessas condições assegura, pois, que o ANPP cumpra sua função de maneira justa, equitativa e em consonância com os valores que norteiam a Instituição.

6. REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Brena. **O Acordo de Não Persecução Penal**. Revista Acadêmica Escola Superior do Ministério Público do Ceará, [S. l.], v. 13, n. 2, p. 133–152, 2021. DOI: 10.54275/raesmpce.v13i2.193. Disponível em: <https://revistaacademica.mpce.mp.br/revista/article/view/193>. Acesso em: 20 nov. 2023.

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **A estabilidade do ato administrativo criador de direitos à luz dos princípios da moralidade, da segurança jurídica e da boa-fé**. A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional, Belo Horizonte, ano 10, n. 40, p. 291-313, abr./jun. 2010. Disponível em: <http://www.revistaaec.com/index.php/revistaaec/article/view/533>. Acesso em: 18 out. 2023

BRASIL, **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Sítio eletrônico Presidência da República Federativa do Brasil. Disponível em <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 24 out. 2023.

BRASIL, **Decreto-Lei 2.848**, de 7 de dezembro de 1940. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 24 out. 2023.

BRASIL, **Decreto-Lei 3.689**, de 3 de outubro de 1941. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm. Acesso em: 24 out. 2023.

BUSATO, Paulo César. **O papel do Ministério Público no futuro do Direito Penal brasileiro**. Disponível em: https://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/SRC%2005_105.pdf. Acesso em: 15 nov. 2023.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo** / José dos Santos Carvalho Filho. - 34. ed. - São Paulo: Atlas, 2020.

COSTA E FARIA, Marcelle Rodrigues da. **Acordo de Não Persecução Penal como instrumento de política criminal e de reafirmação do Sistema Acusatório**. Disponível em: https://www.mpmg.mp.br/data/files/FF/44/84/70/E2A9C71030F448C7860849A8/Acordo_de_ao_persecucao_penal_como_instrumento_de_politica_criminal_e_de_reafirmacao_do_sistema_acusatorio_1_.pdf. Acesso em: 15 out. 2023.

DIDIER JUNIOR, Fredie. **Coleção Repercussões do Novo CPC - Processo Penal**. v. 13. Coordenadores, Antônio do Passo Cabral, Eugênio Pacelli e Rogério Schiatti Cruz - Salvador: Juspodvim, 2016.

GODOY, Guilherme Augusto Souza; MACHADO, Amanda Castro; DELMANTO, Fabio Machado de Almeida. **A justiça restaurativa e o acordo de não persecução penal**. Disponível em: <https://www.mpmg.mp.br/data/files/EC/23/C8/FB/22A9C71030F448C7860849A8/A%20Justica%20Restaurativa%20e%20o%20acordo%20de%20ao%20persecucao%20penal.pdf>. Acesso em: 15 out. 2023.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal: volume único**. 8. ed. Salvador: JusPodivm.

Melo, Alexei Danilo da Costa. **O princípio da boa-fé objetiva no âmbito do Direito Administrativo** / Alexei Danilo da Costa Melo; Ana Alice de Carli, orientadora. Trabalho de conclusão de graduação em Direito – Universidade Federal Fluminense, Instituto de Ciências Humanas e Sociais, Volta Redonda, 2019.

Ministério Público do Estado de Goiás. **Manual de atuação e orientação funcional - Acordo de não persecução penal (ANPP)**, 2020. Disponível em: http://www.mpggo.mp.br/portal/arquivos/2020/02/14/18_08_30_417_Manual_Acordo_de_N%C3%A3o_Persecu%C3%A7%C3%A3o_Penal.pdf. Acesso em: 14 out. 2023.

STF. **HC 191.646**, Santa Catarina, Relator: Min. Roberto Barroso. Disponível em: <https://www.mpmg.mp.br/data/files/99/74/C8/79/F2A9C71030F448C7860849A8/STF%20-%20Habeas%20Corpus%20-%20191.464.pdf>. Acesso em: 19 nov. 2023.

BRANDURA JUDICIAL COM O PCC: OS ERROS DO LEGALISMO ABSTRATO NO TRATAMENTO DA INSURGÊNCIA CRIMINAL BRASILEIRA

BRUNO TORRANO AMORIM DE ALMEIDA¹

Algumas pessoas consideram os direitos como o componente não utilitarista da moralidade. Todavia, é necessário ser, ao menos parcialmente, utilitarista para aceitar tal consideração.² (Joseph Raz)

1. INTRODUÇÃO

Algumas decisões judiciais servem de paradigma para o adequado teste de concepções concorrentes sobre Direito e Justiça. A liminar concedida em 2020 pelo ministro Marco Aurélio Mello, do Supremo Tribunal Federal, no *Habeas Corpus* nº 191.836/SP é uma delas. Ali, o ministro acolheu o argumento defensivo de que, no caso, havia violação ao art. 316, parágrafo único, do Código de Processo Penal (CPP)³. Como consequência, determinou que André Oliveira Macedo (“André do Rap”) – conhecido líder da organização criminosa Primeiro Comando da Capital (PCC) – fosse solto.

A fundamentação da decisão monocrática, na parte em que declarou a ilegalidade da prisão, foi apenas – e o *apenas* é crucial para a compreensão do argumento – esta:

O paciente está preso, sem culpa formada, desde 15 de dezembro de 2019, tendo sido a custódia mantida, em 25 de junho de 2020, no julgamento da apelação. Uma vez não constatado ato posterior sobre a indispensabilidade da medida, formalizado nos últimos 90 dias, tem-se desrespeitada a previsão legal, surgindo o excesso de prazo.

Após a soltura, houve forte reação social e institucional. Alguns celebraram a decisão como “técnica” e “não populista” (Siravegna, 2020) e defenderam-na

afirmando que “a forma é a garantia do indivíduo contra o arbítrio estatal” (Quirino, 2020). Outros a enxergaram como desejável “chamado à responsabilidade” de juízes pelo Brasil afora (Adams, 2020). Pelo lado crítico, Vladimir Passos de Freitas apontou indevida interpretação literal do art. 316 do CPP e sustentou que “a pessoa e a espécie de delito não podem ser dissociadas do exame do caso, sob pena da função jurisdicional revelar-se inútil” (Freitas, 2020). Houve quem reprovasse, ainda, a manobra praticada por determinados advogados de defesa de impetrar “diversos *habeas corpus* até conseguir que a ação seja julgada por um ministro que tenha um histórico relacionado a certa interpretação da lei” (Buhatem, 2020), o que, segundo se alegou, teria acontecido na hipótese. Enfim: devido à representatividade e repercussão, a decisão entrou na rota de análises acadêmicas sobre o impacto da decisão monocrática do ministro no cenário de instabilidade colegiada do STF (Reis; Mayer, 2021).

Não demorou para a liminar concedida pelo ministro Marco Aurélio vir a ser suspensa pelo então Presidente do STF, ministro Luiz Fux, em questionável procedimento de suspensão de segurança. Tarde demais: o beneficiado pela soltura já havia fugido.

A história não parou por aí. Em 2023, enquanto André do Rap estava foragido, a Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, no RHC 153.988, em acórdão relatado pelo ministro Rogério Schietti, declarou a nulidade de busca e apreensão efetuada durante cumprimento de mandado de

¹ Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado de Minas Gerais; mestre em Filosofia e Teoria do Estado pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa – Portugal (FDUL); pós-graduado (LLM) em Direito Empresarial pela Fundação Getúlio Vargas (FGV/DF); pós-graduado em Direito Penal, Política Criminal e Criminologia pelo Instituto de Criminologia e Política Criminal do Paraná (ICPC/PR); Promotor de Justiça do MPMG (aprovado em 1º Lugar no LVII Concurso); aprovado em 1º Lugar no 60º Concurso para Promotor de Justiça do MPMGO. Foi assessor da Ministra Laurita Vaz no Superior Tribunal de Justiça; coordenador da Força-Tarefa de Direito Penal da Assessoria Especial da Presidência do STJ e atuou em processos da Presidência e Vice-Presidência do Tribunal, da Corte Especial, da Terceira Seção e da Quinta e Sexta Turmas, com ênfase em Direito Penal e Processual Penal e em juízo de admissibilidade de recursos especial e extraordinário. Foi professor dos programas de graduação e pós-graduação do Instituto Brasiliense de Direito Público (IDP/DF). Autor de livros e de artigos jurídicos.

² RAZ, Joseph. *A moralidade da liberdade*. São Paulo: Elsevier, 2011, p. 174.

³ Art. 316, parágrafo único, do CPP: “Decretada a prisão preventiva, deverá o órgão emissor da decisão revisar a necessidade de sua manutenção a cada 90 (noventa) dias, mediante decisão fundamentada, de ofício, sob pena de tornar a prisão ilegal”.

prisão expedido contra o autor. Dois fundamentos foram utilizados: (1) violação ao procedimento legal descrito no art. 293 do CPP; e (2) desvio de finalidade no cumprimento do mandado de prisão, com ofensa ao disposto nos arts. 240, 241, 243 e 248 do CPP. Como consequência, sem quaisquer considerações concorrentes, o STJ determinou o trancamento da investigação e a devolução de todos os bens de André do Rap⁴. Quais eram esses bens, conforme consta da própria decisão? 32 aparelhos celulares, 5 computadores, 2 jet-skis, 2 helicópteros, 1 lancha, 1 automóvel, 1 diário de bordo da aeronave e acessórios de informática.

O fenômeno do surgimento e da expansão do PCC talvez seja um dos mais documentados paradigmas daquilo que setores da doutrina chamam de *insurgência criminal* (Sullivan; Bunker, 2022; Sullivan, 2011). O conceito refere-se a organizações criminosas abrangentes que, para além da brutal violência física reiterada contra grupos rivais e autoridades, ostentam articulado propósito político, estrutural e estratégico destinado ao ganho progressivo e ilimitado de autonomia, ao controle monopolizado de territórios, à garantia da governança criminal em “Estado paralelo” e à beligerância contra o Estado formal – tanto armada quanto mediante infiltração pela via de corrupção e cooptação de funcionários.

Curioso notar: em um tipo deturpado de igualdade material às avessas, parte do escândalo causado pelo tratamento concedido a André do Rap é explicado pela não equivalência com casos menos graves. Tanto STF quanto STJ têm vasta jurisprudência aplicando os testes da razoabilidade e da proporcionalidade para denegar *habeas corpus* por excesso de prazo na prisão preventiva. Há, ainda, muitos acórdãos que até mesmo admitem a ocorrência de ilegalidade da prisão, mas, ainda assim, não determinam a imediata soltura do réu, e sim a remessa dos autos à instância originária para a correção da ilegalidade e regular prosseguimento do feito. O modo de raciocínio aplicado a casos genéricos, que porventura recaem nos julgamentos “em lista” sem qualquer destaque, parece partir de outros pressupostos filosóficos e hermenêuticos. Se a diferença de tratamento se deixa ou não motivar pela repercussão do caso e pelo desejo de transmitir alguma mensagem difusa a todos os juízes brasileiros (o “chamado à responsabilidade” acima comentado), é algo que ignoro e que poderia ser objeto apenas de descuidada especulação.

De todo modo, ainda que retrate posição atualmente minoritária, decisões como as que beneficiaram André do Rap estão longe de serem exemplares isolados. Solturas rápidas e anulações processuais em casos envolvendo líderes de organizações criminosas, pessoas com extensa ficha criminal em crimes graves e políticos ou empresários poderosos acontecem com certa frequência em terras brasileiras. O exame crítico de casos representativos de legalismo abstrato como o de André do Rap, além de, por indução, prestar-se à avaliação de casos afins, é importante para compreender de quais premissas partem juristas que celebram esse modo de raciocínio como genuinamente democrático e para julgar se essas premissas se ajustam ou não às normas jurídicas postas.

2. PROBLEMA E OBJETO

Há terreno comum no modo de pensar e decidir adotado pelo ministro Marco Aurélio e pela Sexta Turma do STJ: em ambas as decisões, os magistrados procederam à interpretação semântico-abstrata de textos jurídicos reputados pertinentes e, com base nesse estilo de processo interpretativo, limitaram-se a identificar possível ofensa a direitos e garantias individuais do investigado. Após a alegada identificação do direito ou garantia, simplesmente esgotaram o raciocínio jurídico, sem que julgassem relevante examinar razões normativas e pragmáticas concorrentes, como direitos fundamentais supraindividuais, consequências prático-normativas, ou mesmo “a pessoa” e “a espécie de delito” a que se referia o *habeas corpus* (para usar as já citadas expressões de Vladimir Passos de Freitas).

Eis, portanto, as questões colocadas neste artigo: os defensores desse proceder argumentativo costumam sustentar que se trata do modo “técnico” e “democrático” de se interpretar o Direito em casos penais; mas será mesmo? Sempre? Com qual juízo de adequação institucional? Fenômenos desestruturadores como o da insurgência criminal *nunca* importam? Com base em qual concepção defensável de direitos subjetivos? Aliás, qual concepção de direitos subjetivos sustenta a ideia de que tais direitos devem ser identificados pela mera leitura semântico-abstrata de dispositivos normativos com reputada pertinência temática, sem qualquer *enriquecimento pragmático* (expressão de Marmor, 2014) advindo dos fatos delineados nos autos, das partes

⁴ Segundo o Tribunal, os objetos foram encontrados em contexto de cumprimento de mandado de prisão preventiva após informações anônimas de que “André do Rap” estava na residência. Além de ofensa ao procedimento previsto no art. 293 do Código de Processo Penal, não havia segurança de que o réu estava ou não dentro da casa, já que o mandado de prisão foi cumprido a partir de informações anônimas de que o investigado estava em dada residência. Mesmo que superada a violação ao referido dispositivo legal, segundo o ministro Relator, “Quando o cumprimento de mandado de prisão ocorrer no domicílio do investigado, é permitido apenas o seu recolhimento e dos bens que estão na sua posse direta como resultado de uma busca pessoal, mas não de todos os objetos guarnecidos no imóvel que possam aparentemente ter ligação com alguma prática criminosa”.

envolvidas, das demais normas constitucionais, do teste de proporcionalidade e das consequências prático-normativas das alternativas decisórias? Qual concepção de direitos subjetivos sustenta que, uma vez identificado um direito subjetivo individual a partir de leitura semântico-abstrata, deve o juiz, sempre, suspender quaisquer considerações concorrentes, ainda que tenham pertinência e peso normativos? Enfim, com qual base conceitual e, supondo que exista base convincente, com qual tipo de ajuste institucional os ministros trabalharam nas decisões que beneficiaram André do Rap?

Essas indagações não comportam respostas simples. A análise seria facilitada se decisões judiciais como as ora analisadas propusessem-se a superar suas ambiguidades conceituais e filosóficas subjacentes. Mas talvez seja pedir muito. Juízes não costumam ser filósofos morais e nem mesmo filósofos do Direito. E, como bem registrou Scott Shapiro (2011), um dos erros de setores da teoria do Direito é pressupor, por padrão, que eles são tais coisas⁵. Isso, todavia, não impede um empreendimento de elaboração filosófica baseado na análise linguística e conceitual das decisões judiciais, a fim de tentar sistematizar as premissas de que se parte. Nessa atividade, tão importante quanto o dito é o não dito. A análise deve abranger tanto a verdade jurídica das proposições expressas na decisão – isto é, sua adequação com as normas jurídicas vigentes *como um todo* – quanto a mensagem simbolicamente transmitida pelo recorte de normas consideradas pertinentes para a resolução do caso. Ao selecionar parte diminuta do sistema jurídico como tendo relevância e adequação, juízes manifestam que todo um universo de normas omitidas não lhes traz mínima força persuasória. E isso diz muito sobre suas pressuposições e crenças filosóficas, morais e políticas.

3. RACIOCÍNIOS JURÍDICOS BASEADOS EM

RECORTES NORMATIVOS INJUSTIFICADOS

A análise conceitual e filosófica sobre o dito e o não dito pode ser realizada também para a avaliação de elaborações teóricas. Pela representatividade, influência e inteligência do autor, é pertinente, para adequada compreensão do modo de raciocínio presente nas decisões relativas a André do Rap⁶, examinar o modo pelo qual o adágio “forma é garantia” tem sido utilizado no debate jurídico brasileiro por Aury Lopes Jr. e teóricos que compartilham de suas premissas filosóficas e políticas. Ao analisar o conceito de nulidade processual, o autor consigna o seguinte:

A forma processual é, ao mesmo tempo, limite de poder e garantia para o réu. Um sistema de invalidades somente pode ser construído a partir da consciência desse binômio (limitação do poder/garantia), pois são as duas forças em constante tensão no processo penal. O processo penal é um instrumento de limitação do poder punitivo do Estado, impondo severos limites ao exercício desse poder e também regras formais para o seu exercício. É a forma, um limite ao poder estatal. Mas, ao mesmo tempo, a forma é uma garantia para o imputado, em situação similar ao princípio da legalidade do direito penal (Lopes Jr., 2018).

Conclui Aury (Lopes Jr., 2018, p. 947-948), nesses termos, que “o sistema de nulidades *está a serviço do réu*”, acrescentando que “a *debilidade do réu no processo é estrutural* e não econômica, como já explicamos anteriormente, pois *não existem direitos fundamentais do Estado ou da sociedade em seu conjunto*: esses são direitos individuais”.

Essas não são teses novas. Relacionam-se com todo o histórico da obra do autor e compartilham raízes com tradição de juristas do Sul do país como Jacinto Coutinho, Salo de Carvalho e Amilton Bueno de Carvalho

⁵ Em crítica a Ronald Dworkin – um dos teóricos do Direito que se mostram otimistas com a habilidade filosófica de juízes –, Shapiro (2011, p. 329) afirma que a teoria dworkiniana “é enormemente exigente, requerendo grande capacidade intelectual e caráter ético para que seja aplicada com sucesso. A não ser que os arquitetos de um sistema jurídico manifestem extrema confiança na competência e caráter de membros de sua comunidade, obrigar análise filosófica no desempenho do raciocínio meta-interpretativo está fadado a ser considerado uma característica perigosa da prática jurídica”.

⁶ A análise da obra de Aury Lopes, neste caso, é interessante também por ter sido ele o advogado de André do Rap no caso julgado pelo STJ. Após a decisão da Sexta Turma, o escritório de Aury divulgou a seguinte nota: “A defesa de André Oliveira Macedo, a cargo dos Escritórios Aury Lopes Jr., Aureo Tupinambá de Oliveira Filho e Anderson Domingues, destaca o acerto da decisão proferida, a unanimidade, pela 6ª Turma do STJ, que reconheceu a ilicitude de uma busca e apreensão realizada sem mandado judicial e de forma absolutamente ilegal. A decisão vem na mesma linha de consolidada jurisprudência da corte e corrige uma grave injustiça e ilegalidade praticada contra André” (cf. Xavier, 2023). Estou ciente de que construções doutrinárias não necessariamente refletem posições funcionais em casos concretos, e vice-versa. Uma mesma pessoa pode estar, no âmbito doutrinário, convicta das premissas políticas e filosóficas X e, de forma coerente e combativa, atuar como advogado com base em premissas políticas e filosóficas Y, se isso for do melhor interesse de seu cliente. Mas, ao menos de forma contingente, parece ter havido uma fusão entre doutrinador Aury e advogado Aury no caso André do Rap. O modo de raciocínio empregado pela Sexta Turma parece partir de premissas parecidas com a do doutrinador Aury. E a nota do escritório de advocacia parece refletir convicção que acompanha o histórico do doutrinador Aury, e não apenas do advogado que atuou no caso específico.

(cf. Carvalho; Carvalho, 2004; Carvalho, 2008). Desde livros mais antigos de Aury, já se via, na mesma linha dos autores citados, radical foco na posição do investigado ou acusado⁷. A “característica especial” da “instrumentalidade do processo penal”, escreveu ele, é a “proteção dos direitos e garantias individuais”, manifestada como “limitação do poder e tutela do débil a ele submetido (réu, por evidente), cuja debilidade é estrutural (e estruturante do seu lugar)”. A “evidente” debilidade, ademais, é um conceito absoluto (“sempre existirá” – *sic*) e, note-se bem, independe das “condições econômicas ou sociopolíticas do imputado” (Lopes Jr., 2006, p. 11). Ou seja: a “evidente” debilidade do réu advém apenas do lugar ao qual ele é “chamado a ocupar nas relações de poder estabelecidas no ritual judiciário”.

Desde logo, uma crítica: a unicidade criterial empregada por Aury para definir o que entende ser “debilidade jurídica” do acusado significa, no mundo da prática do Direito, que André do Rap, um multimilionário proprietário de iates, helicópteros e imóveis adquiridos como efeito de difusos e reiterados homicídios, tráfico de drogas, roubos, corrupção, tráfico de armas, lavagem de dinheiro e guerras entre poderosas organizações criminosas, é, por definição, em abstrato, tão débil na relação jurídico-processual com o Estado quanto qualquer indivíduo primário não dedicado a atividades criminosas que esteja na contingência de ostentar a posição de sujeito passivo em algum processo penal. Eis uma das vigas mestras do legalismo abstrato que será aqui analisado.

De todo modo, tomado em seu conjunto, o raciocínio de Aury tem coesão interna, é parcialmente verdadeiro – por fazer menção a um dos aspectos importantes

da ideia de direito subjetivo, qual seja, a de limitação do Poder estatal – e, de início, ostenta inequívoco apelo persuasório, por prometer pavimentar “garantias mínimas” como antídoto à ideologia que, com base em ensinamentos de juristas apologéticos ao sistema jurídico da Constituição de 1937 como Francisco Campos, Monte Arraes, Themístocles Cavalcanti, subsidiou a elaboração do Código de Processo Penal de 1941. Mas, a despeito da nobre intenção, o raciocínio, bem avaliado, pouco diz em termos conceituais ou jurídicos. Ao fim e ao cabo, serve de paradigma para a avaliação, feita a seguir, sobre as omissões e insuficiências de abstrações hermenêuticas e falsas equivalências alegadamente garantistas.

Primeiro, porque, apesar de lidar com limitações estatais fundamentadas em identificação, delimitação e aplicação de direitos individuais, Aury não aprofunda de qual concepção de direitos subjetivos está partindo. Isso seria exigível porque, ao contrário de juízes não empenhados nos estudos de filosofia do Direito, Aury Lopes Jr. não costuma tratar apenas de aspectos jurídicos do processo penal, como também de heterogêneas teorias extrajurídicas que vão desde o cartesianismo e o decolonialismo até a relatividade de Einstein⁸. Aury tampouco detalha o porquê de, à luz da Constituição de 1988, fazer a contundente afirmação de que simplesmente “não existem direitos fundamentais do Estado ou da sociedade em seu conjunto”, algo que, sobretudo no tocante a direitos difusos da sociedade titularizados por pessoas indetermináveis – inclusive de gerações futuras –, pode ser considerada posição minoritária^{9 10}.

⁷ Críticas sobre a inadequação do enfoque individualista *pro reo* de Aury Lopes Jr. com os parâmetros constitucionais e convencionais contemporâneos podem ser encontradas, igualmente, em Andrade, 2013.

⁸ “Com Einstein e a Teoria da Relatividade, opera-se uma ruptura completa dessa racionalidade, com o tempo sendo visto como algo relativo, variável conforme a posição e o deslocamento do observador, pois ao lado do tempo objetivo está o tempo subjetivo. Sepultou-se de vez qualquer resquício dos juízos de certeza ou verdades absolutas, pois tudo é relativo: a mesma paisagem podia ser uma coisa para o pedestre, outra coisa totalmente diversa para o motorista, e ainda outra coisa diferente para o aviador.” (LOPES JR., 2018, p. 73). A teoria de Einstein também foi comentada por Aury em ao menos três partes diferentes da já citada obra *Introdução Crítica ao Processo Penal* (Lopes Jr., 2006).

⁹ A afirmação parece estar em desacordo com posição mais antiga do próprio Aury Lopes Jr., conforme seguinte trecho: “É importante destacar que o garantismo não tem nenhuma relação com o mero legalismo, formalismo ou mero processualismo. Consiste na tutela dos direitos fundamentais, os quais – da vida à liberdade pessoal, das liberdades civis e políticas às expectativas sociais de subsistência, dos direitos individuais aos coletivos – representam os valores, os bens e os interesses materiais e prepóliticos, que fundam e justificam a existência daqueles artifícios – como chamou Hobbes – que são o Direito e o Estado, cujo desfrute por parte de todos constitui a base substancial da democracia. Dessa afirmação de Ferrajoli é possível extrair um imperativo básico: o Direito existe para tutelar os direitos fundamentais”. (Lopes Jr., 2001, p. 14). Há, no trecho, aparente reconhecimento de que direitos fundamentais abrangem direitos coletivos. Não fica claro, todavia, se no excerto o autor atribui à expressão “direitos coletivos” significado mais restrito, de modo a abranger, exemplificadamente, apenas direitos de grupos determinados ou determináveis, com a exclusão de direitos supraindividuais de grupos indetermináveis – posição que também seria atualmente minoritária. Outro ponto de atenção no trecho é o seguinte: Aury realiza distinção entre a concepção de garantismo penal que segue (Ferrajoli) e “mero legalismo”. Um dos argumentos deste artigo é que, em verdade, o tipo de raciocínio que tem sido empregado por Aury nos últimos anos borra essa distinção e conduz, sim, a legalismos e formalismos abstratos injustificados.

¹⁰ No contexto brasileiro, é lugar-comum atribuir, com base na ideia de geração ou dimensão de direitos fundamentais, a condição de autênticos direitos a interesses relevantes supraindividuais. Sobre a existência especificamente de um processo penal coletivo, cf. Almeida; Costa, 2021. Sobre bens comuns como direitos no contexto anglofôno, veja-se Waldron, 1993.

Segundo, porque, em decorrência das omissões citadas, Aury deixa de formular duas perguntas centrais para o debate sobre raciocínios jurídicos sólidos: (1) “a concepção de direitos subjetivos que ‘eu’ defendo adequa-se a uma interpretação coerente de *todas* as normas constitucionais e convencionais do Direito brasileiro (e não apenas daquelas normas constitucionais e convencionais ‘a serviço do réu’)?”; e (2) “havendo adequação institucional da concepção de direito subjetivo ‘por mim’ defendida, quais as consequências práticas e jurídico-processuais da identificação, delimitação e aplicação do direito individual em jogo?”.

Essas omissões de base filosófica e conceitual conduzem Aury a recortar o sistema jurídico – isto é, a selecionar as normas jurídicas que reputa pertinentes –, com ao menos quatro premissas equivocadas: (a) falar em direitos fundamentais, no processo penal, equivale a falar em direitos individuais; (b) falar em formas, no processo penal, equivale a falar em instrumentos para a proteção de direitos fundamentais, entendidos, por sua vez, como equivalentes a direitos individuais; (c) falar em formas, no processo penal, equivale a falar em instrumentos para a proteção de direitos fundamentais (*aka* direitos individuais) da parte mais vulnerável da relação jurídica, tomada, sem maiores explicações, como sendo necessariamente o investigado ou o acusado; e, portanto, (d) falar em formas, no processo penal, equivale a falar em limites ao poder do Estado em favor de direitos fundamentais (*aka* individuais) especificamente do indivíduo-investigado ou do indivíduo-réu. Ou seja: além de arbitrariamente remover os “direitos da sociedade” do âmbito do conceito de direitos, Aury Lopes Jr. elabora seu raciocínio de modo a excluir a possibilidade de que, no processo penal, direitos individuais possam ser reconhecidos a vítimas de crime.

Não à toa, após selecionar apenas normas constitucionais destinadas à salvaguarda de direitos fundamentais individuais do investigado ou acusado, o autor chega à conclusão equivocada de que, mesmo sob a vigência de Constituição analítica que prevê ostensivamente *direitos* fundamentais *sociais e difusos*, todo o sistema jurídico-penal e todo o processo penal estariam, em verdade, estruturados para a proteção jurídica apenas do apontado Sujeito de Direitos do processo penal: o réu. Por extensão, a função do juiz seria, por excelência, a de “garantidor da eficácia do sistema de direitos e garantias fundamentais *do acusado* no processo penal” (Lopes Jr., 2018, p. 59-62)¹¹.

Há afinidades cruciais entre o raciocínio de Aury Lopes Jr. acima exposto e o raciocínio utilizado pelo ministro Marco Aurélio Mello e pela Sexta Turma do STJ nos casos envolvendo André do Rap. Tais afinidades ficam mais ou menos visíveis quando comparamos as pressuposições de Aury Lopes Jr. com artigo publicado pelo ministro Marco Aurélio na revista *Consultor Jurídico* após a polêmica social gerada pela sua decisão (Mello, 2020). Ali, em síntese, o ministro argumentou que, no HC 191.836/SP, se limitou a aplicar os dispostos nos arts. 282, 283, 311 a 316 e 387 do Código de Processo Penal, com as alterações promovidas pelo Pacote Anticrime (Lei nº 13.964/2019). Com base na leitura do significado desses dispositivos, aplicou como consequência jurídica a previsão do art. 5º, LXV, da Constituição da República: “a prisão ilegal será imediatamente relaxada pela autoridade judiciária”. *En passant*, afirmou que existe um “direito natural” (*sic*) que confere ao cidadão a prerrogativa de permanecer em “lugar incerto e não sabido” (ou seja, foragido, como André do Rap) para não se submeter a ato ilegal. E, no único momento em que tangenciou argumentos empíricos, valeu-se deles para confirmar a visão *pro reo* exposta, consignando que, segundo dados do Departamento Penitenciário Nacional, 33,47% da população carcerária é composta por presos provisórios. O objetivo do art. 316, parágrafo único, do CPP, referente à revisão da prisão a cada 90 dias, seria, por conseguinte, amparar “a dignidade do homem, do custodiado, que não pode ser jogado, ao que o ministro da Justiça José Eduardo Cardozo disse, às masmorras, esquecido como se animal fosse”.

Chamarei de *raciocínio jurídico baseado em recortes normativos injustificados* o modo de pensar, de interpretar e de decidir que, com base em crença tenaz acerca de filosofia político-jurídica de cunho individualista *pro reo*, conduz à indevida marginalização de toda a dimensão normativa concorrente de direitos fundamentais supraindividuais presente na Constituição de 1988. Como veremos, o raciocínio jurídico baseado em recortes normativos injustificados, além de juridicamente errado e filosoficamente obscuro, é socialmente perigoso e incapaz de ajustar-se aos propósitos institucionais e normativos previstos a partir de leitura integral da Constituição de 1988.

¹¹ O parágrafo completo exemplifica o salto lógico que o autor faz entre a proposição de que o juiz deve garantir direitos fundamentais (no gênero) para a proposição de que o juiz deve garantir apenas direitos fundamentais *do acusado*: “O fundamento da legitimidade da jurisdição e da independência do Poder Judiciário está no reconhecimento da sua função de garantidor dos direitos fundamentais inseridos ou resultantes da Constituição. Nesse contexto, a função do juiz é atuar como garantidor da eficácia do sistema de direitos e garantias fundamentais do acusado no processo penal”.

4. SATURAÇÃO DEONTOLÓGICA *PRO REO* VS. LEITURA GLOBAL DO DIREITO BRASILEIRO

Não sabemos ao certo de qual concepção sobre direitos individuais subjetivos partiram os julgadores no acórdão do RHC 153.988/STJ e na decisão liminar do HC 191.836/STF. Mas podemos, desde logo, por análise linguística e conceitual, traçar característica comum a ambas – e, de modo mais amplo, à doutrina capitaneada por Aury Lopes Jr.

Nas decisões, como adiantado, não se observa qualquer consideração para além do alegado direito subjetivo titularizado pelo réu, obtido a partir da leitura semântico-abstrata de recorte de dispositivos reputados pertinentes. Antes, durante ou após alegadamente encontrarem direitos subjetivos individuais violados, nem a Sexta Turma do STJ, nem o ministro Marco Aurélio Mello viram-se compelidos a avançar na discussão e fazer perguntas genéricas e abstratas como: “Há direitos fundamentais concorrentes que estariam em risco desproporcional como efeito de atribuir, em todo e qualquer caso, anulações abrangentes com base em erro de procedimento legalmente previsto e soltura imediata como consequência obrigatória de violação a prazos processuais?”; ou: “À luz da estrutura investigativa e judicial brasileira, quais seriam as consequências práticas e jurídicas de estabelecer a soltura como consequência obrigatória para todo e qualquer caso de violação a prazos processuais?”. Tampouco foi cogitada a formulação de perguntas concretas e específicas – relativas ao processo em análise – como “Quais as consequências práticas e jurídicas de soltar, de imediato, um líder do PCC?”; “Todas as coisas consideradas, a Constituição de 1988 admite a absolutização desta forma jurídica em caso concreto que envolve complexo movimento fático de insurgência criminal?”; “Há direitos fundamentais concorrentes que estariam em risco desproporcional com o efeito da soltura deste réu específico?”; etc.

Tais perguntas não apenas foram ignoradas nas decisões, como certamente conduziram o adepto do raciocínio jurídico baseado em recortes normativos injustificados a remexer-se na cadeira com insuperável desconforto. Pois tal adepto não conceberia a formulação de tais perguntas durante o empreendimento judicial interpretativo-aplicativo do Direito sem que reminiscências do fantasma do direito penal do inimigo assombrassem seus pensamentos mais íntimos. Ora, considerando o atual cenário da educação processual penal contemporânea em universidades brasileiras (Andrade, 2015), possivelmente ele escutou professores realizarem distinção rigorosa entre, de um lado, o “democrático” direito penal do fato e, de outro, o “autoritário” direito penal do autor. *Tertium non datur*. Ele ouviu, com base em alguma versão indefensável do liberalismo individualista¹², que o adágio “forma é garantia” presta-se a justificar solturas ou anulações, em perfeita homogeneidade e em fina sintonia consequencial, desde processos dirigidos contra, de um lado, o indivíduo que, sem nunca ter cometido nenhum delito prévio, viu-se no infortúnio de sujeitar-se ao domínio de violenta emoção e praticou homicídio privilegiado contra o estuproador de sua filha, e, de outro, o indivíduo que alcançou riquezas inestimáveis – porventura helicópteros e iates – após galgar postos de cada vez mais destaque em poderosas organizações criminosas que detêm pretensão abrangente de insurgência criminal e, no percurso, difundem homicídios, drogas, armas e roubos.

A atmosfera individualista *pro reo* está na base de decisões como as aqui analisadas. O problema é que ela fala mais sobre como tais juristas gostariam que a Constituição de 1988 fosse do que como ela realmente é. Aquele que sustenta ser legítimo, em todo e qualquer caso, desde em processos relativos ao mais cruel líder do PCC até em processos relativos a estelionatário de primeira viagem, interromper a fundamentação das decisões penais após a identificação de alegado direito individual construído apenas por referência ao significado semântico-abstrato de recortes normativos injustificados faz pouco caso de inúmeros dispositivos constitucionais contrários à sua tese ultraindividualista. Pois a mesma Constituição de 1988 que prevê direitos individuais como o devido processo legal e a presunção de não culpabilidade também estabelece, por ao menos

¹² Do ponto de vista da filosofia política, Paulo Fontes consignou com razão que nada no liberalismo individualista moderno, concepção das que mais influenciou as Constituições contemporâneas, permite a conclusão de que se esteja a propor “uma defesa da ineficácia do Estado ou capitulação diante das atividades nocivas dos indivíduos”. Acrescenta, ainda, que uma das facetas sobre a ineficácia do sistema jurídico “pode residir num certo garantismo excessivo que acaba por conferir precedência absoluta aos direitos dos réus em detrimento do interesse público na persecução penal”. Cf. Fontes, 2015. Para adequada compreensão dos autores que construíram as teses do liberalismo moderno, sugiro Strauss; Cropsey, 2016.

seis vezes¹³, a *punição* como *standard* de garantia difusa contra a violação de direitos fundamentais considerados juridicamente valiosos. Em duas dessas vezes (art. 225, § 3º, e art. 227, § 4º), a Constituição confere ao Direito Penal expressa conotação de garantia ativa de bens jurídicos individuais e supraindividuais, incluído expresso mandado de criminalização, de modo a afastar-se da visão do Direito Penal como mera instância de proteção jurídica do indivíduo criminalmente implicado. A mesma Constituição que impõe limites de primeira dimensão ao Poder Estatal (1) estabelece, no art. 144, a segurança pública como dever do Estado e direito “de todos”, (2) preocupa-se com a “eficiência das atividades” dos órgãos de segurança pública (art. 144, § 7º), (3) fixa o direito fundamental à segurança *lato sensu* tanto no Capítulo de Direitos e Deveres Individuais e Coletivos (art. 5º, *caput*) quanto no Capítulo de Direitos Sociais (art. 6º, *caput*), (4) limita expressamente certos direitos individuais quando em jogo considerações sobre “segurança da sociedade” (art. 5º, XXXIII) e (5) fixa direito fundamental da vítima à ação subsidiária da pública (art. 5º, LIX).

A mesma Constituição de 1988 que prevê o teste de proporcionalidade em sentido de vedação de proteção excessiva também é informada pela outra faceta do referido teste, isto é, a proibição de proteção insuficiente, amplamente aceito pela doutrina pátria e pela jurisprudência, ignorada nas decisões ora analisadas, das próprias Cortes de Sobreposição. Não bastasse, essa mesma Constituição prevê, no art. 5º, §§ 2º e 3º, o valor normativo de convenções internacionais,

as quais, por sua vez, segundo exame pormenorizado de autorizada doutrina, estabelecem a punição, a efetividade do sistema penal e as obrigações processuais penais positivas como genuínos *standards* de proteção de Direitos Humanos¹⁴. Lembre-se, aqui, a mero título exemplificativo, as disposições da Lei nº 14.245/2021 contra a revitimização e ofensa à dignidade da vítima e das testemunhas de crimes sexuais, promulgadas em consonância com a Declaração dos Princípios Básicos de Justiça Relativos às Vítimas da Criminalidade e de Abuso de Poder, aprovada pela Assembleia da ONU em 1985, e com decisões da Corte Europeia de Direitos Humanos (*Y. vs. Eslovênia* e *S.N. vs. Suécia*) e da Corte Interamericana de Direitos Humanos (*Empregados da Fábrica de Fogos e seus familiares vs. Brasil*).

Do ponto de vista histórico, a preocupação com o equilíbrio entre os interesses da sociedade e os direitos individuais foi demonstrada já na Sessão de Instalação da Assembleia Constituinte da Constituição de 1988, quando o presidente do ato, ministro José Carlos Moreira Alves, em discurso inaugural, consignou que “se chocam os interesses da sociedade com os do indivíduo, sendo mister que se encontre o justo ponto de equilíbrio entre os direitos sociais e os direitos individuais”, conclamando “a aferição da dosagem das preponderâncias”¹⁵.

O equilíbrio entre categorias distintas de direitos foi abordado nos debates da Assembleia Constituinte também na seara estritamente criminal. Durante as extensas discussões, percebe-se que o estabelecimento

13 Art. 5º, XLI: a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais; Art. 37, § 2º: A não observância do disposto nos incisos II e III implicará a nulidade do ato e a punição da autoridade responsável, nos termos da lei; Art. 173, § 5º: A lei, sem prejuízo da responsabilidade individual dos dirigentes da pessoa jurídica, estabelecerá a responsabilidade desta, sujeitando-a às punições compatíveis com sua natureza, nos atos praticados contra a ordem econômica e financeira e contra a economia popular; Art. 216, § 4º: Os danos e ameaças ao patrimônio cultural serão punidos, na forma da lei; Art. 225, § 3º: As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados; Art. 227, § 4º: A lei punirá severamente o abuso, a violência e a exploração sexual da criança e do adolescente.

14 Cf. por todos, Mazzuoli, 2019 e 2020. Estou, no entanto, de acordo com a crítica de Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins ao fenômeno da “internacionalização” dos direitos humanos e conseqüente enfraquecimento dos Estados nacionais: “Apesar do indiscutível fortalecimento do direito internacional, deve-se redimensionar a relevância do tema, contrariando a recente tendência da doutrina restrita à exaltação acrítica das supostas virtudes políticas e relevância jurídica do direito internacional. Em primeiro lugar, essa evolução não afeta substancialmente a primazia dos Estados nacionais, que continuam dispondo de um poder de coerção invencível no interior do respectivo país. Índício e resultado disso é o fato de que a esmagadora maioria dos problemas envolvidos na limitação de direitos fundamentais resolve-se no âmbito do direito interno. O Estado permanece sendo a principal força protetora dos direitos humanos [...]”. Interessante, ainda, a crítica ao fenômeno da “duplicação” de direitos: “Praticamente todos os direitos humanos garantidos em âmbito internacional são reconhecidos pelo direito interno de forma mais completa, com menos reservas legais e dotados de garantias mais abrangentes. Basta comparar as normas internacionais e o direito brasileiro para perceber que esse último é muito mais completo. Assim, a incidência do direito internacional é limitada a pouquíssimos casos. Incontornável é o reconhecimento da presença de uma franca desproporção entre a realidade dos fatos e o interesse que o tema encontra na recente doutrina brasileira” (Dimoulis; Martins, 2021, p. 46). Essa ressalva é importante para lembrar que normas convencionais de direitos humanos estão sujeitas ao controle de constitucionalidade ou à interpretação conforme a Constituição. No mais, a jurisprudência internacional que não se mostre compatível com a leitura global da Constituição não pode ser adotada como paradigma pelos tribunais pátrios, como se a internacionalização dos Direitos Humanos tivesse superado integralmente a soberania nacional e procedido ao deslocamento da já problemática centralização decisória de Brasília para a Costa Rica. Cito como exemplo decisão da Corte Interamericana de Direitos Humanos no caso *J. vs. Peru*, em que se aduziu que, traduzindo à linguagem do nosso sistema jurídico, a prisão preventiva só poderia ser decretada para a conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal, nunca para a garantia da ordem pública. Cuida-se de decisão incompatível com o teste constitucional da proporcionalidade em sua faceta de vedação de proteção insuficiente e com os inúmeros dispositivos constitucionais, já citados, que garantem a segurança pública como direito fundamental.

15 BRASIL. Senado Federal. *Diário da Assembléia Nacional Constituinte - Ano I - Nº 01 a 23*. Ata da 1ª Sessão da Assembleia Nacional Constituinte em 1º de fevereiro de 1987. p. 3-4.

de direitos e garantias individuais não foi realizado sem concorrente preocupação com a segurança e ordem públicas. Talvez o seguinte trecho do discurso do constituinte Naphtali Alves seja um dos principais exemplos do citado senso de proporções:

Não menos cuidadoso deverá ser o enfoque quando da elaboração da nova ordem jurídica, na qual devem ser salientados dois aspectos primordiais: a dinamização e a eficiência da prática da Justiça. A ineficiência e a morosidade da Justiça brasileira têm ensejado uma série de distorções e graves discrepâncias, para não falar da impunidade geralmente concedida aos ricos e poderosos. Incontáveis são chamados ‘crimes de colarinho branco’, nos quais os responsáveis por escândalos de repercussão nacional até hoje circulam despudoradamente pelo País, sem terem sofrido qualquer penalidade. Por outro lado, os que não dispõem de recursos por vezes apodrecem durante anos nas cadeias públicas, à espera do julgamento de seus processos, acusados de crimes dos quais, por vezes, são até inocentes, enquanto celerados e assassinos de notória periculosidade, beneficiados pela aberrante ‘Lei Fleury’, aguardam em liberdade o julgamento dos horrendos crimes que cometeram, constituindo verdadeira ameaça à população, sujeita à sanha de tais indivíduos (Brasil, 1987b, p. 519).

Já no encaminhamento final dos trabalhos da Assembleia, o Constituinte José Tavares destacou a tutela da segurança e da ordem públicas como um dos pontos fundamentais do novo texto constitucional:

A segurança pública, de relevante importância para a sociedade, foi pela primeira vez tratada a nível de Constituição, com adequadas definições sobre os diferentes setores policiais, para maior garantia da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do seu patrimônio (Brasil, 1988, p. 14).

As considerações deste tópico revelam ser enganosa a conclusão, mencionada e endossada por Gustavo Badaró no primeiro capítulo de sua obra sobre processo penal (Badaró, 2022), a que, no STF, já chegou o ministro aposentado Eros Grau, no sentido de que “a interpretação sistemática da Constituição” levaria à conclusão de que existe a “prevalência” do direito à liberdade, e que afastar-se desse entendimento significa um retorno à “barbárie” (*sic*). Dois problemas contaminam

esse raciocínio. Primeiro: como visto, a interpretação sistemática e histórica da Constituição, em conjunto com a normativa convencional de Direitos Humanos, revela equilibrada preocupação tanto com direitos individuais quanto com direitos supraindividuais, tanto com os limites estatais quanto com a efetividade da segurança pública, tanto com a figura do réu quanto com a proteção suficiente da sociedade. Segundo: a conclusão de Eros Grau propõe-se a instituir hierarquia abstrata, *a priori*, entre normas constitucionais que protegem a posição do acusado, em detrimento de normas constitucionais que objetivam resguardar a sociedade e as vítimas. No entanto, tal tipo de hierarquia não existe na Constituição de 1988: nem para o lado do réu, nem para o lado da proteção da sociedade¹⁶. Ao contrário do que sugeriu Eros Grau, não há qualquer sentido aceitável da palavra “barbárie” que se aplique à proposição de que a Constituição deve ser interpretada de modo equilibrado, levando em consideração todos os seus propósitos e preocupações normativas, e não apenas um grupo individualizado de direitos arbitrariamente escolhidos com base na preferência pessoal do intérprete.

Em outros termos: não se pode simplesmente presumir, como fazem autores como Aury Lopes Jr., que os direitos e garantias individuais do réu detêm precedência abstrata absoluta no desempenho da atividade interpretativa de *todos* os casos penais, a ponto de justificar até mesmo modalidades injustificadas de hermenêutica “em tiras”, com conseqüente negativa de vigência de inúmeras normas jurídicas constitucionais, convencionais e legais, explícitas e implícitas, que determinam ao juiz a consideração de fatos e razões que transbordam o interesse exclusivo do investigado, do acusado ou do condenado.

5. QUAL CONCEPÇÃO DE DIREITOS SUBJETIVOS?

Nas decisões analisadas neste artigo, tanto o ministro Marco Aurélio quanto os ministros da Sexta Turma trilham o mesmo percurso intelectual: a lei diz *isto* (em termos abstrato-semânticos), logo *aquilo* (sem considerações sobre proporcionalidade e/ou conseqüências prático-normativas). Ou, em termos mais aprofundados: (1) em modalidade de legalismo

¹⁶ Há controvérsia na doutrina sobre se Constituições podem ou não estabelecer hierarquia abstrata *a priori* – em forma de comando deontológico forte e absoluto em favor de determinada classe de normas e em desfavor de outras. Quando se trata de restrições a direitos fundamentais e teste da proporcionalidade, ilustrativa, para o propósito deste artigo, é a divergência entre Virgílio Afonso da Silva – que não as concebe como possíveis (Silva, 2009) – e de Matthias Klatt e Moritz Meister – que as admitem a depender da contingência constitucional (Klatt; Meister, 2012, p. 26-27). Como exposto no corpo do texto, considerando a multifacetada preocupação normativa da Constituição de 1988 – com extensa previsão de direitos fundamentais supraindividuais e expressa previsão de aplicabilidade imediata sem distinção qualitativa entre categorias (art. 5º, § 1º) –, considerando o conteúdo das convenções internacionais de Direitos Humanos e sua correspondente jurisprudência, e considerando a dupla faceta do teste da proporcionalidade, entendo que a Constituição de 1988 não estabeleceu qualquer hierarquia abstrata entre direitos fundamentais.

abstrato, santificaram o cânone interpretativo da literalidade semântica da lei (“mera aplicação do texto da lei”¹⁷); (2) empregaram o legalismo abstrato como critério único ou primordial para a definição mesma sobre a existência ou não de direito tutelável naquele caso; (3) confundiram ou misturaram a fase de detecção da ilegalidade literalizada com a fase subsequente de análise sobre quais são as consequências práticas e jurídicas adequadas para remediá-la (“se é ilegal, tem que soltar”); e (4) pressupuseram que, em *absolutamente nenhuma hipótese*, nenhuma consideração concorrente – seja sistemática, seja teleológica, seja consequencialista – ostenta aptidão de superar a aplicação, custe o que custar, do direito alegado, tal como interpretado a partir da técnica semântico-abstrata.

O ministro Marco Aurélio, comentando a polêmica que se seguiu à sua decisão, não poderia ter retratado de forma mais eloquente a essência do raciocínio:

Eu apliquei a lei. O processo não tem capa, e sim, conteúdo. Eu não posso partir para o subjetivismo. Eu não crio o critério de plantão, sou um guarda da Constituição. Se há culpado, é aquele que não renovou a custódia. Abomino o jeitinho brasileiro.¹⁸

Quando abrimos a literatura sobre natureza e funções dos direitos subjetivos, não encontramos virtualmente nenhuma teoria responsável que sustente tamanho grau de abstração e automatismo na identificação e aplicação da categoria, tampouco tamanho grau de abstração e automatismo na determinação das consequências práticas e normativas atreladas à identificação de um direito subjetivo em jogo.

Claro: são conhecidas as teorias sobre direitos subjetivos desenvolvidas por Hans Kelsen (direitos subjetivos como enunciados sobre o que normas jurídicas estabelecem) e Wesley Hohfeld (direitos subjetivos como

posições sociais vantajosas ou desvantajosas)¹⁹. Aqui, todavia, minha análise será parametrizada pelo debate sobre direitos realizado, sobretudo, entre autores como Ronald Dworkin, Robert Alexy e Joseph Raz. Isso se justifica não apenas pela fama que já ganharam as teses de Dworkin e Alexy em território nacional, conformadoras de um vocabulário mais ou menos compartilhado, como também pelo fato de que, segundo defendo, nem mesmo o mais assíduo defensor da tese de direitos como trunfos fortes, como Ronald Dworkin, estaria comprometido seja com os raciocínios sobre direitos subjetivos que se subjazem às decisões proferidas pelo ministro Marco Aurélio e pela Sexta Turma do STJ em favor do líder do PCC André do Rap, seja com o significado e a força concedidos por Aury Lopes Jr. e teóricos afins à expressão “forma é garantia”.

Há, em síntese, ao menos três formas populares de cogitar-se a natureza e as funções de direitos subjetivos: (1) a concepção de direitos como trunfos fortes; (2) a concepção de direitos como trunfos fracos; e (3) a concepção de direitos como interesses protegidos²⁰.

5.1. DIREITOS COMO TRUNFOS FORTES

O modelo de direitos como trunfos fortes contra metas sociais foi popularizado em terras brasileiras pela obra de Ronald Dworkin (em especial, Dworkin, 1977, 1985, 1986 e 2006). Não que, por aqui, o vocabulário estritamente dworkiniano tenha-se incorporado ao jargão jurisdicional majoritário. Mais preciso seria dizer que, por outras afinidades teóricas, ideias familiares com a sistematização dworkiniana do modelo forte de direitos já vinha sendo praticada por setores da academia e do Judiciário autointitulados “críticos”²¹. No debate criminal brasileiro, Dworkin, sem muitas considerações sobre

17 Comentando o artigo publicado pelo ministro Marco Aurélio Mello sobre a decisão do caso André do Rap, Lenio Streck fez a seguinte colocação: “Em Estado de Direito, entendido como *rule of law*, não deveria causar espanto um ministro *cumprir a lei nos seus estritos termos*, mormente se a *mens legislatoris* e a *mens legislatoris* apontam para isso”. “Disse-se que, em nome do consequencialismo, a decisão deveria – como foi – derrubada. Só que o consequencialismo nunca pode ser por causa do que passou. Foi o caso. Para o futuro, as consequências são piores: agora a prisão pode ser renovada ao infinito e o juiz sempre terá a chance de renová-la. Já se disse há muito tempo: ‘as consequências vêm sempre depois’, se me permitem uma pequena dose de ironia”. Cf. “Especialistas repercutem artigo de Marco Aurélio Mello na ConJur”. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-out-22/criminalistas-repercutem-artigo-marco-aurelio-mello-conjur>. Acesso em: 21 maio 2024.

18 Conforme reportagem do Correio Braziliense intitulada “Soltura de traficante do PCC eleva tensão entre ministros do STF” (Fernandes, 2020).

19 Para explicação didática e precisa, cf. Sgarbi, 2013, p. 173 e segs.

20 Sigo, aqui, a classificação de Klatt e Meister, 2012. Os autores mencionam, ainda, a teoria dos direitos como trunfos médios. A meu ver, tal subdivisão é desnecessária por não contribuir com qualquer ganho analítico. Virtualmente todos os autores que porventura recaíssem em tal categoria poderiam ser reenquadrados ou na teoria dos direitos como trunfos fortes, ou na teoria dos direitos como trunfos fracos.

21 Especificamente neste ensaio, não uso o termo “críticos” para designar, com precisão analítica, apenas correntes marxistas culturais relacionadas com teses pós-modernas inspiradas por Foucault, Derrida ou Marcuse. Aqui, atribuo ao termo dimensão mais ampla, para qualificar correntes nacionais do processo penal que, mesmo sem afiliação declarada ao marxismo ortodoxo ou ao marxismo cultural, costumeiramente dizem integrar grupos “críticos”, em oposição ao que chamam de “doutrina tradicional” ou de “senso comum teórico”.

adequação com o contexto institucional brasileiro, serviu como elo argumentativo a serviço daqueles que, por outras trilhas, já se tinham convencido de que os desígnios da nossa Constituição apenas são cumpridos por um Direito Penal focado radicalmente nos interesses do réu²². De todo modo, foi um elo relevante: desde seus escritos mais antigos, Dworkin pretendeu desenvolver uma “teoria liberal do Direito” (*sic*) que fosse capaz de proteger a ideia de “direitos” contra indevidas relativizações de natureza utilitarista. “Levar a sério” os direitos, para Dworkin, é entrincheirá-los a ponto de, em quase todas as hipóteses, garantir-lhes precedência especial contra balanceamentos com alegadas metas sociais valiosas.

O liberalismo igualitário de Dworkin, a um só tempo, permitiu que os setores “críticos” da doutrina criminal brasileira²³ procedessem a novas fundamentações, tanto no que se refere à tese de que a desigualdade econômica é um dos principais — se não o principal — combustível da criminalidade, quanto no que se refere à ideia correspondente de que o Direito Penal não ataca as reais causas da criminalidade. No *input*, o liberalismo igualitário de Dworkin ratificou a tese “crítica” de que o foco radical da política criminal deve ser em políticas públicas de médio ou longo prazo. No *output*, solidificou a ideia de que punições criminais servem para pouca coisa e de que, *all things considered*, a função da dogmática penal deveria ser a de redução de danos contra criminosos e a função de juízes deveria ser de proteção qualificada apenas dos interesses individuais do investigado, acusado ou condenado.

Se a linha de raciocínio que procedeu à mistura de Ronald Dworkin com outras teorias já presentes em solo nacional estivesse correta, faria algum sentido que toda e qualquer fundamentação jurídica de decisões judiciais, especialmente em casos penais, interrompesse seu fluxo argumentativo quando acreditasse ter demonstrado a existência de um direito subjetivo em jogo. Se nenhuma consideração concorrente pode derrotar a declaração de existência de um direito, eventual lembrança à proporcionalidade e a consequências práticas ou normativas da decisão ou seria desnecessária, ou integraria algum marginalizado *obiter dictum*, ou somente poderia servir, de alguma forma, como suplemento ao “argumento de princípio” já estabelecido.

Há, no entanto, ao menos dois problemas com essa linha de raciocínio.

Em primeiro lugar, tenha a teoria de Ronald Dworkin os defeitos que for, o autor ao menos sempre se preocupou em expressar que a sua construção jusfilosófica tinha por parâmetro as condições materiais da realidade especificamente americana. Não é nada evidente que, sob a realidade de uma Constituição analítica que, como a brasileira, prevê expressamente inúmeros direitos fundamentais supraindividuais concorrentes, o próprio Dworkin reputasse como adequada a importação integral, com a mesma estrutura e força, de uma teoria que foi idealizada para funcionar dentro de uma realidade institucional orientada por Constituição sintética multicentenária.

Pior: mesmo em solo norte-americano, ampliações de direitos individuais em casos criminais, pela via da interpretação judicial, como essa a que se procedeu, por exemplo, ao menos durante as décadas de 1950 e 1960 na chamada Corte Warren, vieram a ser restringidas com o passar do tempo, sob, entre outros, o fundamento de que a radicalização de aspectos principiológicos abstratos sobre aspectos pragmáticos podiam conduzir a resultados injustos ou inadequados. Em *Boyd v. United States*, de 1886, a Suprema Corte norte-americana reconheceu que o direito à exclusão de provas obtidas por meios ilícitos (*exclusionary rules*) está implícito na Constituição Americana. Nos precedentes *Silverthorne Lumber Co. v. United States* e *Nardone v. United States*, proferidos nas décadas iniciais do século XX, veio a ser desenvolvida a ideia de que provas *derivadas* de provas consideradas ilícitas também deveriam, por extensão, ser excluídas, naquilo que ficou conhecido como teoria dos frutos da árvore envenenada. Mas a própria Suprema Corte norte-americana não tardou a reconhecer a extrema rigidez de tais regras, de modo que admitisse a existência de exceções. Aprofundar nesse ponto fugiria ao objetivo do artigo. Aqui, basta registrar que exceções às regras de exclusão – como a teoria da fonte independente, a teoria da descoberta inevitável, a teoria da mancha purgada, a exceção da boa-fé, a teoria do risco, a teoria da destruição da mentira e a doutrina da visão aberta – revelam que a jurisprudência norte-americana, na atividade interpretativa mesma de definição sobre a existência ou não de um direito individual aplicável ao investigado ou ao réu, sempre leva em consideração aspectos que vão além de alguma modalidade pretensamente pura de

²² Exemplos do uso da ideia de direitos como trunfos podem ser observados em: BAHIA; PEDRON; SILVA, 2018; DAMOUS, 2023; NEWTON, 2021; ROCHA, 2021. Para obra com excelentes textos sobre a aplicação de ideias dworkinianas a diversos aspectos do contexto nacional, cf. OMMA-TI, José Emílio Medauar (coord.). *Ronald Dworkin e o direito brasileiro*. 2. ed. Belo Horizonte: Conhecimento, 2021.

²³ Cf., por todas, as obras já citadas de Aury Lopes Jr., Salo de Carvalho e Amilton Bueno de Carvalho, além de teóricos de heterogêneas influências filosóficas e políticas, como Nilo Batista, Juárez Cirino dos Santos e Jacinto Coutinho.

deontologia ou legalismo abstrato *pro reo*²⁴.

De todo modo, não estamos no contexto histórico e institucional dos Estados Unidos da América. Daí Matthias Klatt e Moritz Meister terem afirmado, com razão, que, embora possa refletir a realidade da Constituição sintética americana, o modelo forte de direitos como trunfos certamente é (a) “irrealista”, quando observamos o extenso rol de direitos humanos conflitantes previstos em outras Constituições e em convenções internacionais; (b) “impraticável”, em hipóteses em que se mostra necessária a intervenção do Estado no âmbito de aplicação do Direito, nas quais “a definição de um direito absoluto deveria levar em consideração as razões que podem justificar uma infração ao direito ou alternativamente deveria ter de excluir o comportamento que nunca prevaleceria sobre outras considerações”; e (c) “deficiente”, pois oculta balanceamentos inevitáveis entre direitos e interesses e, por conseguinte, “reduz o dever estatal de justificar restrições a direitos e promove o arbítrio judicial” (Klatt; Meister, 2012, p. 15 e segs.).

Ainda que fosse concedida a viabilidade de redescritção abasileirada da ideia dworkiniana de direitos como trunfos fortes, surgiria um segundo grupo de problemas, este de natureza conceitual: (a) apesar de sustentar o caráter quase absoluto da preferência especial dos direitos sobre metas sociais, Dworkin concedeu que considerações concorrentes podem porventura superar tal preferência em situações de *clear and serious danger*, em um tipo de modelo deontológico *sensível a consequências*. Não é nada óbvio, portanto, que Dworkin aprovasse a radicalidade abstrata com que são usadas expressões como “forma é garantia” no contexto brasileiro; (b) na teoria de Dworkin, apenas rol limitado de direitos subjetivos ostenta a qualidade de “trunfos fortes”. Não é nada óbvio, como por vezes sugerem as leituras de autores nacionais, que todos os direitos subjetivos do réu tutelados no processo penal contemplem tal qualidade, tampouco que prazos processuais penais enquadrem-se

na descrição²⁵; (c) por fim, mesmo diante da identificação eventual de um exemplar de direito apto a ser qualificado com o predicado de trunfo contra metas sociais, não se deduz da teoria dworkiniana qualquer consequência lógica necessária ou automática sobre qual providência concreta deveria o juiz tomar para preservar o estado de coisas determinado pela norma violada.

5.2. DIREITOS COMO TRUNFOS FRACOS

Se nem a concepção de direitos como trunfos fortes subsidiária, no automatismo pretendido pelos pensadores nacionais, a conclusão de que André do Rap deveria ser solto como consequência inevitável da superação do prazo de 90 dias previsto no CPP para a revisão das condições da custódia, ou de que toda a investigação deveria ser trancada e todos os seus valiosos bens devolvidos como consequência inevitável de disputada ofensa a procedimento previsto em norma do CPP relativa a busca e apreensão, isso significa que o debate sobre o acerto ou erro das decisões judiciais do ministro Marco Aurélio e da Sexta Turma devem voltar-se ao exame do material institucionalizado do sistema jurídico especificamente brasileiro.

Levando em consideração realidades permeadas por extenso rol de direitos humanos, Klatt e Meister, seguindo em relevante medida a teoria de Robert Alexy, defendem aquilo que denominam modelo fraco de direitos como trunfos (*weak trump model*), no qual “direitos, como valores constitucionais, só podem ser superados por outros valores constitucionais” (Klatt; Meister, 2012, p. 23). Segundo os autores, o modelo fraco estabelece “padrão flexível” de aplicação de direitos fundamentais. Essa flexibilidade permite “reconciliar direitos fundamentais com interesses públicos sem negligenciar a importância de direitos humanos, como o modelo de interesses faz,

24 Estou ciente de que determinados autores nacionais sustentam que a maioria das exceções às regras de exclusão desenvolvidas no contexto norte-americano seriam inaplicáveis no contexto brasileiro. Para defender o ponto, tais autores costumam lançar mão da ideia de que “a Constituição brasileira é garantista”. O problema, no entanto, reside em atribuir ao termo “garantista” dimensão voltada radicalmente aos interesses dos réus, ou com dolosa omissão sobre as inúmeras garantias difusas de proteção social previstas na nossa Constituição – e não previstas na sintética Constituição americana –, ou com injustificada e tácita pressuposição de que, no âmbito penal, haveria algum tipo de hierarquia abstrata entre os direitos e garantias fundamentais do acusado e os direitos e garantias fundamentais das vítimas e da sociedade. Ao contrário do que sustentam tais autores, a comparação do texto da Constituição analítica, permeada por convenções internacionais, com o texto sintético da Constituição americana, bem como a comparação entre aspectos pragmáticos como quantidade e evolução de práticas criminais, existência e difusão de poderosas organizações de insurgência criminal, estrutura real de delegacias e instituições voltadas à inteligência investigativa e à garantia da segurança pública, estatísticas sobre impunidade e cifra oculta, rigor e racionalidade da execução penal, entre tantos outros fatores, deveria conduzir o jurista a concluir que existem fortes razões normativas e fáticas para considerar que a elaboração responsável de exceções às *exclusionary rules* faz muito mais sentido em solo brasileiro do que em solo norte-americano. No ponto, concordo com posição já defendida por Eugênio Pacelli (2019, p. 934): “Passa da hora de nossos tribunais incorporarem a teoria da boa-fé do direito estadunidense, tal como já o fizeram com a descoberta inevitável dos frutos da árvore envenenada e da fonte independente (art. 157 e parágrafos, CPP). Se o objetivo principal da inadmissibilidade da prova ilícita é o reforço de proteção aos direitos subjetivos (privacidade, intimidade, imagem etc.), a conduta de agente estatal praticada em boa-fé não oferece maiores riscos à eficácia da citada norma constitucional”.

25 A reflexão do item “b” foi-me possibilitada após conversa com Horácio Neiva, a quem agradeço.

ou causar os problemas do modelo de trunfo forte e de trunfo moderado” (Klatt; Meister, 2012, p. 44).

No trecho acima, é importante enfatizar o verbo “reconciliar”. O modelo forte de direitos, quando adotado no processo penal brasileiro com importações e misturas teóricas questionáveis, promove aquilo que chamo de saturação deontológica *pro reo*. O raciocínio obnubila-se, esmorece em neblina ultraindividualista e, por consequência, vê-se na prerrogativa de, com orgulhosa convicção, enfrentar apenas parte diminuta do problema da criminalidade. Por análise semântico-abstrata voltada aos interesses exclusivos do investigado ou acusado, chega-se à definição da existência de um direito individual que, em tese, seria aplicável a todo e qualquer caso que tratasse da mesma matéria de Direito. E nenhuma outra pergunta, nenhuma outra norma, nenhuma outra construção dogmática alcança o sarrafo da pertinência temática.

Ao fim e ao cabo, é isso que está por detrás da confusa afirmação do ministro Marco Aurélio de que “processo não tem capa, e sim conteúdo”. Com a frase, o ministro dá a entender que a ele, na interpretação judicial, não interessa quem é a parte acusada. Mas, contra uma utópica pretensão de algum tipo de “Direito Penal do fato puro”, no processo penal a adequada avaliação sobre *quem* é a parte acusada integra o próprio *conteúdo* do processo e desempenha importante papel na correta análise das normas aplicáveis e na medição da proporcionalidade das providências cabíveis. No conteúdo do processo há juntada de folhas e certidões de antecedentes, de boletins de ocorrência sobre fatos pretéritos, de relatórios de inteligência policial e considerações testemunhais desde o temperamento até eventual vínculo estável e permanente do investigado com organizações criminosas. Considerações sobre quem consta no processo – tanto na capa, quanto no conteúdo – prestam-se ao cumprimento das disposições de leis e mais leis vigentes que estabelecem a relevância interpretativa de critérios como “reincidência”, “maus antecedentes”, “personalidade”, “conduta social”, “ordem pública”, “periculosidade” e tantos outros dados que servem justamente para definir *quem* o Direito Constitucional e o Direito Penal devem tratar com maior ou menor rigor.

Klatt e Meister, com razão, entendem que o modelo fraco de direitos tem a vantagem de reconciliar a por mim mencionada saturação deontológica *pro reo* com outras considerações de igual ou maior peso. O modelo fraco, por conseguinte, admite que, *em determinados casos*, argumentos baseados em direitos individuais sejam submetidos a análises comparativas com outras modalidades de argumentos, como argumentos baseados em direitos fundamentais difusos e argumentos baseados

em consequências prático-sistêmicas. Da quase absolutização do alegado direito individual do réu *em todo e qualquer caso*, oportuniza-se que, quando presentes razões fortes em contrário, seja conferida prevalência à tutela de outras modalidades de direitos fundamentais, mediante o emprego do teste da proporcionalidade.

É possível sugerir que, do ponto de vista histórico, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça tem seguido, por padrão, ainda que implicitamente, o modelo fraco de direitos, e não o forte. Tanto é assim que, como já adiantei, o estranhamento difuso sentido por parte relevante dos juristas quanto a decisões como as que beneficiaram André do Rap deriva precisamente do deslocamento particular de tais decisões a concepções radicalizadas sobre as consequências interpretativas e jurídicas do reconhecimento da existência de um direito individual. Para o que nos interessa neste ensaio, basta lembrar que, ao contrário do legalismo abstrato abraçado pelo ministro Marco Aurélio Mello ao determinar a soltura de André do Rap como consequência lógica e inafastável da superação do prazo de 90 dias previsto no art. 316, parágrafo único, do CPP, tanto o STF quanto o STJ têm orientação consolidada no sentido de que prazos processuais penais não podem seguir critérios aritméticos. Na definição mesma sobre se existe ou não um direito a ser tutelado, tais tribunais, corretamente, não se limitam a traçar considerações semântico-abstratas da literalidade do texto legal, como também levam em consideração aspectos concretos, pragmáticos e sistêmicos como a relatividade dos direitos em jogo, a razoabilidade da demora à luz da complexidade da causa (quantidade de réus, natureza do crime, contingências processuais como necessidade ou não de expedição de precatórias, etc.), a estrutura e os esforços dos órgãos de persecução e jurisdicionais e a conduta processual das partes envolvidas.

É discutível se a concepção fraca de direitos como trunfos estabelece, ou não, *presunção relativa* (categoria distinta da ideia de hierarquia normativo-abstrata) em favor da posição do réu contra razões concorrentes. Mas um ponto não gera dúvidas: seja como for, a concepção fraca de direitos não os eleva a patamar que justifique a equivalência *a priori* e unicriterial entre todos os sujeitos passivos de processos penais. Tal concepção tampouco se compatibiliza com formas radicalizadas de legalismo abstrato ou recortes normativos injustificados como instâncias adequadas de aplicação do Direito. A nosso ver, diante da leitura global da analítica Constituição de 1988 e do extenso rol normativo do Direito Internacional dos Direitos Humanos, trata-se da concepção que melhor se ajusta à institucionalidade brasileira.

5.3. DIREITOS COMO INTERESSES PROTEGIDOS

A concepção de direitos como interesses protegidos tem, como grandes expoentes, Joseph Raz e Andrei Marmor. A rigor, trata-se de concepção que, ao menos na autoimagem dos autores, não pode ser equiparada às pesquisas realizadas por autores que defendem as concepções de direitos como trunfos fortes ou trunfos fracos. Pois Raz e Marmor, ao contrário de Dworkin e Klatt, adotam, em grande medida, posição analítica e descritiva sobre “nossas” concepções compartilhadas sobre direitos e sobre como tais concepções são articuladas no raciocínio prático (Raz, 2011, p. 156). Como consequência, não sustentam que direitos subjetivos “devem”, em sentido moralmente avaliativo, referente a casos judiciais concretos, ser enxergados como interesses protegidos. Ao contrário, afirmam que, quando examinamos “nossa” concepção sobre esses direitos, é assim que eles são tratados.

Isso significa que não seria precisamente raziana a afirmação de que direitos subjetivos tutelados no processo penal em casos concretos, à luz do sistema jurídico brasileiro e com o propósito de resguardar todos os direitos fundamentais – e não apenas os direitos individuais –, *devem* ser enxergados como interesses protegidos. Ao fazer isso, o argumentador estaria, do ponto de vista metodológico, indo além do que propuseram os autores citados.

Mas o debate, então, acabaria nesse ponto? Não necessariamente. Há ao menos duas possibilidades. Ou se rejeita a metodologia analítico-descritiva como falsa ou enganosa, de modo a argumentar que, em verdade, a teoria dos interesses protegidos só pode ser compreendida satisfatoriamente à luz das premissas morais de que parte e tenta esconder. Ou, mesmo não se rejeitando a metodologia analítico-descritiva, reconhece-se que é possível redescrever termos analíticos fornecidos por teóricos descritivos com base em propósitos prescritivos (Rorty, 1979, p. 378; Calder, 2006). Pode ocorrer que um teórico entenda que Raz e Marmor estão corretos na descrição sobre como direitos subjetivos costumam ser tratados em seus contextos específicos – e que tal descrição é, em certa medida, válida também para o contexto brasileiro. Mas tal teórico não estará, desde logo, comprometido com a afirmação de que essa descrição é boa ou ruim. Indo além, se aprovar moralmente a prática

de direitos subjetivos tal como ela é, poderá ele rejeitar as concepções de direitos como trunfos fortes ou trunfos fracos. Se reprovar moralmente tal prática estabelecida, poderá ele criticá-la precisamente com o esquema conceitual-prescritivo das concepções de direitos como trunfos fortes ou trunfos fracos.

Na definição de Raz (2011, p. 155), “X tem um direito’ se e somente se X puder ter direitos, e, se outras coisas forem iguais, um aspecto do bem-estar de X (seu interesse) é uma razão suficiente para considerar alguma(s) outras(s) pessoa(s) sujeita(s) a um dever”²⁶. Pela definição, logo se percebe que esta adota como condição para a identificação de um direito a existência de “razão suficiente” para considerar o interesse de alguém como fonte de deveres de outras pessoas. Direitos, nesse sentido, são 1) inerentemente limitados por considerações concorrentes; e 2) instâncias intermediárias entre interesses protegidos e deveres que se seguem. Nessa equação, a determinação mesma da existência e da extensão de “todo e qualquer” (Marmor, 2007, p. 226) direito envolve, já de início, balanceamento de interesses e cálculos de custo-benefício.

Não é fácil transportar toda essa construção para a análise de casos penais concretos da realidade brasileira. Mas, se levada a sério a construção acima exposta e se concedida, ainda que por argumento, a guinada metodológica para propósitos prescritivos, parece razoável afirmar que aquele que aprovasse moralmente a concepção de direitos como interesses protegidos estaria em posição de defender, com ainda mais contundência, o emprego de considerações concorrentes na identificação mesma sobre a existência ou não de um direito subjetivo em jogo. A abertura a considerações concorrentes para a delimitação mesma da existência ou não de direito tutelável provavelmente conduziria, no sistema jurídico brasileiro, o intérprete a ter de enfrentar a infinidade de interesses e direitos supraindividuais previstos na Constituição da República, com balanceamento sobre se tais interesses e direitos supraindividuais permitiriam a conclusão de que o interesse individual do acusado constitui “razão suficiente” para impor ao Estado o dever de melhorar sua situação jurídica. Mesmo nessa hipótese, ficaria em aberto a questão sobre qual providência seria adequada para a melhoria da situação jurídica (se, *v. g.*, a soltura do acusado ou se medida menos arriscada para a segurança pública).

²⁶ Aprofundando, o autor esclarece que “somente onde o interesse de alguém for uma razão para que outra pessoa se comporte de maneira a protegê-lo ou promovê-lo, e somente quando esta razão tiver o caráter peremptório de um dever e, finalmente, somente quando o dever for de um comportamento que faça uma diferença significativa para a promoção ou proteção daquele interesse, é que o interesse dará origem a um direito” (Raz, 2011, p. 171).

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Nada do que foi escrito neste artigo permite a conclusão de que direitos e garantias individuais são entes jurídicos *a priori* subalternos a interesses públicos ou direitos supraindividuais. Tampouco sugeri que tribunais como STF e STJ caracterizam-se por fazer emprego sempre responsável dos testes da proporcionalidade e da razoabilidade ou do adágio, muitas vezes meramente retórico, “não existem direitos absolutos”.

Bem entendidas, as páginas anteriores tiveram como alvo a radical, abstrata, infundada e desequilibrada proposição – realizada cada a qual a seu modo nas decisões do ministro Marco Aurélio, da Sexta Turma do STJ e em doutrinas como a de Aury Lopes Jr. – de que, no processo penal, a identificação de direitos e garantias individuais em jogo resulta na conclusão de que o juiz, sempre, em toda e qualquer hipótese, está vinculado a meras literalidades abstrato-deontológicas *pro reo*, não podendo nunca, jamais, em nenhuma hipótese, avançar no raciocínio jurídico de modo a verificar qual a melhor aplicação do Direito com *todas* as normas constitucionais consideradas. Ao contrário, haverá casos em que a identificação da existência e limites dos direitos subjetivos individuais ou a modulação de *como* e *em que proporção* devem ser aplicados dependerá, em alguma medida, de referências a considerações como direitos fundamentais supraindividuais concorrentes, fenômenos graves como o da insurgência criminal, vida pregressa e posição do investigado em organizações criminosas ou consequências prático-sistêmicas da decisão.

Estes foram, em síntese, os argumentos:

- 1) Decisões como as proferidas pelo ministro Marco Aurélio e pela Sexta Turma do STJ, no caso André do Rap, e construções doutrinárias como a de Aury Lopes Jr. e teóricos afins partem de uma insuficiência conceitual (omissão ou obscuridade acerca da concepção basilar de direito subjetivo adotada) e de ao menos três premissas equivocadas (radicalização do enfoque em direitos fundamentais individuais *pro reo*, pressuposição de que a alegada identificação de um direito fundamental individual *pro reo* deve esgotar o raciocínio jurídico e atribuição à função jurisdicional de papel exclusivo de proteção de direitos fundamentais *pro reo*).
- 2) Como consequência da insuficiência e das três premissas equivocadas, tais juristas, ao analisar casos penais, realizam aquilo que chamei de *raciocínio jurídico baseado em recortes normativos injustificados*: em primeiro passo, selecionam apenas as normas jurídicas *pro reo* que conseguem identificar; em segundo passo, afirmam que a leitura semântico-abstrata das normas *pro reo* selecionadas resulta na identificação de direito subjetivo a ser

tutelado pelo Poder Judiciário; em terceiro passo, naquilo que denominei *saturação deontológica pro reo*, sustentam que em todo e qualquer caso concreto a mera identificação do alegado direito subjetivo é capaz de afastar quaisquer considerações porventura concorrentes sobre direitos fundamentais supraindividuais, sobre consequências prático-normativas ou sobre a periculosidade social do réu em questão (vida pregressa, vínculos comprovados com a criminalidade, etc.). Ao fim e ao cabo, isso significa colocar em idêntico e abstrato pé de tratamento jurídico, sempre, em toda e qualquer hipótese, líderes de movimentos de insurgência criminal, como André do Rap no PCC, e, porventura, réus primários que praticaram ocasionalmente único crime grave, como se o juiz, especificamente em casos penais, estivesse obrigado a seguir, em toda e qualquer hipótese, uma modalidade hemipléica de hermenêutica baseada em legalismo abstrato *pro reo*, após cautelosa seleção de normas jurídicas que apenas o beneficiam.

3) Nem mesmo a mais exigente teoria dos direitos subjetivos contemporânea – a teoria de direitos como trunfos fortes – confunde-se com legalismos semântico-abstratos ou permite a extração de consequências normativas automáticas do reconhecimento interpretativo de situação de ilegalidade. Nem mesmo Dworkin cogitou que sua teoria sobre direitos como trunfos fortes pudesse ser responsabilmente exportada da realidade histórico-institucional da Constituição sintética americana para realidades histórico-institucionais, como a brasileira, permeadas por constituições analíticas e convenções regionais de Direitos Humanos. Quem pretende usar a fórmula “direitos são trunfos contra a maioria” na tentativa de justificar decisões como a que concedeu a soltura de André do Rap tem o ônus argumentativo de explicar ao menos quatro coisas: (a) o porquê de tal importação ser adequada para a realidade brasileira, tomando em consideração o expresso apetite *local* da construção dworkiniana; (b) na realidade brasileira, quais são os direitos fundamentais *pro reo* que de fato podem ser predicados como “trunfos contra metas sociais”, já que Dworkin estabelecia que nem todos os direitos subjetivos detêm tal qualidade; (c) com qual base conceitual se chega à conclusão de que a identificação de eventuais direitos como trunfos deve ser realizada apenas com literalismos abstratos, e não por leitura moral do sistema jurídico como um todo, incluídos todos os princípios pertinentes ajustáveis ao sistema jurídico; e (d) com qual base conceitual se sustenta a conclusão de que *nunca* razões concorrentes são relevantes seja para delimitar a existência do direito em primeiro momento, seja para avaliar como aplicá-lo corretamente, seja para examinar qual consequência jurídico-normativa deve-se seguir da constatação da violação do direito.

4) Em maioria, a doutrina e a jurisprudência brasileiras inclinam-se para concepções de direitos subjetivos que autorizam, em determinados casos, a depender da gravidade concreta e da posição jurídica do réu, a

incidência de razões concorrentes para a delimitação da existência de direito subjetivo, para a análise de sua aplicação adequada ou para a determinação da consequência jurídica cabível em caso de ofensa. Por obscuridade e omissão nas próprias doutrinas e decisões, não é certo se tais operadores do Direito da visão majoritária entendem estar partindo de uma concepção dworkiniana “sensível a consequências” de direitos como trunfos fortes, de uma concepção de direitos como trunfos fracos ou de uma concepção de direitos como interesses protegidos. Uma coisa, todavia, é certa: qualquer que seja o fundamento conceitual, o pensamento majoritário da doutrina e jurisprudência pátrias não costuma recair no legalismo abstrato e no raciocínio jurídico baseado em cortes normativos injustificados característicos da posição de Aury Lopes Jr. e das decisões analisadas neste artigo. Precisamente por isso – e não por “populismo penal” ou “atecnia”, como já se alegou –, decisões como as proferidas pelo ministro Marco Aurélio e pela Sexta Turma do STJ, mais do que simplesmente chocarem o grosso da população e da comunidade jurídica, costumam ignorar de forma arbitrária a existência de casos que exigem respostas estatais baseadas em considerações amplas sobre todos os interesses jurídico-constitucionais em jogo (incluindo questões de segurança pública e do fenômeno da insurgência criminal).

5) Seja do ponto de vista conceitual, seja do ponto de vista institucional, valer-se de expressões como “forma é garantia” ou “o processo não tem capa” para justificar raciocínios baseados em recortes normativos injustificados e em saturação deontológica *pro reo* não faz mais do que servir como articulação linguística vazia para a consolidação da crença viciada de que todo o sistema judicial brasileiro está *sempre* a serviço do investigado ou do acusado. Tal crença assenta-se em preferências pessoais ou grupais sobre como a Constituição idealmente deveria ser, mas não encontram correspondência com a Constituição de 1988 como ela realmente é. A Constituição de 1988 e o Sistema Interamericano de Direitos Humanos reconhecem tanto garantias do indivíduo-investigado, do indivíduo-acusado e do indivíduo-condenado, quanto garantias do indivíduo-vítima e da sociedade-vítima. Em casos graves como os relativos ao fenômeno da insurgência criminal, cabe ao Poder Judiciário equilibrar todas essas garantias nos casos que julga, e não, no abstrato, cantar vitória de umas sobre outras.

7. REFERÊNCIAS

ADAMS, Luís Inácio. A decisão do ministro Marco Aurélio e o princípio da legalidade. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 19 out. 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-out-19/publico-privado-decisao-ministro-marco-aurelio-principio-legalidade/>. Acesso em: 21 maio 2024.

ANDRADE, Mauro Fonseca. **Sistemas processuais penais e seus princípios reitores**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2013.

ANDRADE, Mauro Fonseca. Sobre a processualística universitária: o ensino do direito processual penal no Brasil e seu atual estágio. *In: Revista do Ministério Público do RS*, n. 78, p. 81-127, set./dez. 2015.

ALMEIDA, Gregorio Assagra de; COSTA, Rafael de Oliveira. **Direito Processual Penal Coletivo: a tutela penal dos bens jurídicos coletivos**. 2. ed. Belo Horizonte: D’Plácido, 2021.

BADARÓ, Gustavo. **Processo penal**. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2022.

BAHIA, Alexandre; PEDRON, Flavio Quinaud; SILVA, Diogo Bacha e. Direito de visita de Lula é questão de princípio. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 15 maio 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-mai-15/receber-visitas-direito-presos-nao-questao-principio/>. Acesso em: 21 maio 2024.

BRASIL. Senado Federal. **Diário da Assembléia Nacional Constituinte - Ano I - Nº 01 a 23**. Ata da 1ª Sessão da Assembleia Nacional Constituinte, 1 fev. 1987a.

BRASIL. Senado Federal. **Diário da Assembléia Nacional Constituinte - Ano I - Nº 38 a 53**. Ata da 56ª Sessão, 28 abr. 1987b.

BRASIL. Senado Federal. **Diário da Assembléia Nacional Constituinte - Ano II - Nº 306 a 308**. Ata da 338ª Sessão, extraordinária matutina, 1 set. 1988.

BUHATEM, Marcelo. “Caso André do Rap” provoca mudanças que vão evitar novas polêmicas no futuro. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 26 out. 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-out-26/buhatem-progresso-justica-andre-rap/>. Acesso em: 21 maio 2024.

CALDER, Gideon. **Rorty e a redescoberta**. São Paulo: UNESP, 2006.

CARVALHO, Salo. **Antimanual de criminologia**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

CARVALHO, Amilton Bueno de; CARVALHO, Salo de (orgs). **Direito alternativo brasileiro e pensamento jurídico europeu**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

DAMOUS, Wadih. A licitude probatória do acervo “spoofing” em defesa das garantias fundamentais. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 14 jul. 2023. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2023-jul-14/wadihdamous-licitude-probatoria-acervo-spoofing/>. Acesso em: 21 maio 2024.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. São Paulo: Thomson Reuters, 2021.

DWORKIN, Ronald. **A matter of principle**. Cambridge and London: Harvard University Press, 1985.

DWORKIN, Ronald. **Freedom’s Law**. New York and Oxford: Oxford University Press, 1996.

DWORKIN, Ronald. **Justice in robes**. Cambridge and London: Harvard University Press, 2006.

DWORKIN, Ronald. **Taking rights seriously**. Cambridge: Harvard University Press, 1977.

FERNANDES, Augusto. Soltura de traficante do PCC eleva tensão entre ministros do STF. **Correio Braziliense**, Brasília, 12 out. 2020. Disponível em: <https://www.correiobraziliense.com.br/brasil/2020/10/4881582-trafficante-foragido-apos-embate-no-stf.html>. Acesso em: 7 maio 2024.

FONTES, Paulo Gustavo Guedes. Teoria política e a ineficácia do sistema penal. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 12 fev. 2015. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-fev-12/paulo-fontes-teoria-politica-ineficacia-sistema-penal/>. Acesso em: 21 maio 2024.

FREITAS, Vladimir Passos. A soltura de “André do Rap” vai além do artigo 316 do CPP. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 18 out. 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-out-18/segunda-leitura-soltura-andre-rap-alem-artigo-386-cpp/>. Acesso em: 21 maio 2024.

KLATT, Matthias; MEISTER, Moritz. **The constitutional structure of proportionality**. Oxford:

Oxford University Press, 2012.

LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 15 ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

LOPES JR., Aury. **Introdução crítica ao processo penal** (fundamentos da instrumentalidade constitucional). 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

LOPES JR., Aury. **Sistemas de investigação preliminar no processo penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

MARMOR, Andrei. **Law in the age of pluralism**. New York: Oxford University Press, 2007.

MARMOR, Andrei. **The language of Law**. New York: Oxford University Press, 2014.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Curso de Direitos Humanos**. São Paulo: Método, 2020.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Direitos Humanos na jurisprudência internacional**: sentenças, opiniões consultivas, decisões e relatórios internacionais. São Paulo: Forense, 2019.

MELLO, Marco Aurélio. Segurança jurídica está no reconhecimento do que foi aprovado pelo legislador. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 21 out. 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-out-21/marco-aurelio-mello-prisao-preventiva-justicamento/>. Acesso em: 21 maio 2024.

NEWTON, Eduardo Januário. Como superar as barreiras da implementação da audiência de custódia. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 28 set. 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-set-28/newton-barreiras-implementacao-audiencia-custodia/>. Acesso em: 21 maio 2024.

OMMATI, José Emílio Medauar (coord.). **Ronald Dworkin e o direito brasileiro**. 2. ed. Belo Horizonte: Conhecimento, 2021.

PACELLI, Eugênio. **Curso de processo penal**. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2019.

QUIRINO, Bráulio Bicalho Cruz Amaral. André do Rap e a necessidade de discutir o desvirtuamento da prisão preventiva. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 22 nov. 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-nov-22/quirino-andre-rap-prisao-preventiva/>. Acesso em: 21 maio 2024.

RAZ, Joseph. **A moralidade da liberdade**. São Paulo: Elsevier, 2011.

REIS, Ulisses Levy Silvério dos; MEYER, Emílio Peluso Neder. “Ministrocracia” e decisões individuais contraditórias no Supremo Tribunal Federal. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, v. 2, nº 3, p. 402-425, dez. 2021.

ROCHA, Fernando Lacerda. O poder ‘contramajoritário’ do controle de constitucionalidade. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 21 jul. 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-jul-21/rocha-poder-contramajoritario-controle-constitucionalidade/>. Acesso em: 21 maio 2024.

RORTY, Richard. **Philosophy and the mirror of nature**. New Jersey: Princenton University Press, 1979.

ROSENFELD, Luis. **Revolução conservadora: genealogia do constitucionalismo autoritário brasileiro (1930-1945)**. Porto Alegre: EdIPUCRS, 2021.

SGARBI, Adrian. **Introdução à Teoria do Direito**. São Paulo: Marcial Pons, 2013.

SHAPIRO, Scott. **Legality**. Cambridge and London: Harvard University Press, 2011.

SIRAVEGNA, Vinícius Rodrigues. “Caso André do Rap”: uma análise técnica, fria e sem populismo. **Consultor Jurídico**, nov. 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-nov-10/siravegna-andre-rap-analise-tecnica-populismo/>. Acesso em: 21 maio 2024.

STRAUSS, Leo; CROPSEY, Joseph. **História da filosofia política**. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

SULLIVAN, John P. From Drug Wars to Criminal Insurgency: Mexican Cartels, Criminal Enclaves and Criminal Insurgency in Mexico and Central America. Implications for Global Security. 2011.

SULLIVAN, John P.; BUNKER, Robert. J. **Competition in order and progress: criminal insurgencies and Governance in Brazil**. Bloomington: Xlibris, 2022.

WALDRON, Jeremy. **Liberal Rights**. New York: Cambridge University Press, 1993.

XAVIER, Renan. STJ anula provas e tranca inquérito contra André do Rap por ação policial ilegal. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 12 abr. 2023. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2023-abr-12/stj-anula-provas-tranca-inquerito-andre-rap/> Acesso em: 21 maio 2024.

CERCEAMENTO DE ACUSAÇÃO: NOTAS SOBRE A FORMAÇÃO E SUPERAÇÃO DA CULTURA ANTIACUSATÓRIA

MAURO FONSECA ANDRADE
PROMOTOR DE JUSTIÇA DO MPRS

1. INTRODUÇÃO

Não de hoje, a figura do acusador costuma gozar de má reputação nas sociedades em que ele atua. Independentemente de ser público, popular, particular ou privado, a análise histórica desse sujeito processual tem mostrado que, século após século, a imagem do acusador vem sendo vinculada à prática de abusos, fraudes, calúnias e a uma busca incessante pela condenação de inocentes.

Essa visão depreciativa do acusador motivou a formação de um verdadeiro *inconsciente coletivo* em relação a ele. Resultado disso é que, mesmo atualmente, tem-se encarado com muita naturalidade a concessão de tratamento privilegiado ao acusado.

Dois exemplos marcam bem esse tratamento privilegiado. A um, a admissão de um *enfraquecimento* processual do acusador, com a restrição a certas formas de atuação que ele poderia ter. A dois, o *fortalecimento* do sujeito passivo da persecução penal, com a concessão de certas *armas processuais* que somente por ele podem ser manejadas.

No meio jurisprudencial, o reconhecimento a esse fenômeno vem sendo denominado de *cerceamento de acusação*, em alusão à mesma restrição de atuação que afeta os interesses da defesa criminal. Embora aquele instituto já conte com o seu reconhecimento há anos em nosso país, a doutrina nacional ainda não se debruçou sobre ele, como mínimo, para apresentar um esboço de conceito que possa bem individualizá-lo.

A identificação da existência desse instituto e do vazio doutrinário que o atinge nos motivou a endereçar o presente texto ao apontamento de um conceito preliminar e da formação histórica dessa visão pejorativa em relação ao acusador. Na sequência, nossa abordagem será voltada à apresentação de um possível caminho que permitirá a superação da visão que o atinge.

Para tanto, a metodologia envolverá uma pesquisa qualitativa (quanto à abordagem), aplicada (quanto à natureza), explicativa (quanto o objeto) e documental (quanto ao procedimento).

2. A FORMAÇÃO DE UM INCONSCIENTE COLETIVO ANTIACUSATÓRIO

A superação de um problema exige, por certo, um primeiro e importantíssimo passo, que é o reconhecimento de sua existência. Se isso não ocorrer, esse problema só tende a se fortalecer e produzir ainda mais resultados negativos, além daqueles que motivaram a inconformidade de quem se depara com eles. A admissão de sua existência é, portanto, a pedra de toque que levará todo pesquisador ao seu conhecimento, e o seu conhecimento conduz a uma visão mais ampla e profunda do que se pretende superar.

O problema, cuja admissão nos motivou à apresentação do presente estudo, é o tratamento que vem sendo dispensado ao acusador em nível processual ou legal, por ser alvo de uma série de restrições em sua atuação. Não a troco de nada, esse tratamento motivou o surgimento de uma expressão (ou instituto) no âmbito jurisprudencial (Rio Grande do Sul, 1999) que, até o momento, nenhuma atenção recebeu por parte da doutrina brasileira. Referimo-nos ao *cerceamento de acusação*.

Quando se fala em *cerceamento de acusação*, o comparativo óbvio e imediato que se faz é com o *cerceamento de defesa*. Bem por isso, é possível partirmos de uma definição, ainda que precária. O *cerceamento de acusação* seria, então, todo impedimento, discriminação ou dificuldade de atuação, imposto por lei ou por algum dos sujeitos processuais, direcionado à figura do acusador, a fim de que ele não consiga, adequadamente, defender seus interesses ao longo da persecução penal, infringindo os parâmetros principiológicos e éticos de caráter constitucional ou convencional.

A partir da identificação do problema, é preciso que questionemos qual o motivo que tem levado o legislador e certos operadores do Direito a endereçarem seus esforços para impedir ou dificultar a atuação do acusador, sobretudo, do acusador público.

A resposta é dada por um dos maiores membros do Ministério Público carioca de sua época: João Baptista Cordeiro Guerra, Promotor de Justiça (à época, Promotor Público) do Tribunal do Júri na Comarca do Rio de Janeiro, ao tempo em que ela ainda era a capital da República.

Em obra que se tornou clássica na literatura processual penal brasileira, João Baptista Cordeiro Guerra (1998, p. 10) fez uma afirmação deveras dura e impactante para quem integra os quadros dessa instituição: “A primeira coisa que é preciso lembrar é que ninguém gosta do promotor público”. E arremata, dando o motivo desse sentimento negativo: “Este trabalho de propaganda subliminar faz com que o promotor seja recebido, de início, pessimamente. Ninguém gosta do promotor público” (Guerra, 1998, p. 11).

Essa *propaganda subliminar* estaria presente, na sua visão, nos meios de comunicação, na literatura e no cinema, e o caminho para a correção desse erro seria conquistar as pessoas “para a causa da Justiça” (Guerra, 1998, p. 11).

Nosso autor tocou em dois pontos de fundamental importância para entendermos o instituto do cerceamento de acusação, sendo eles a existência de uma visão fortemente pejorativa contra o acusador e a sua própria propagação. No entanto, essa visão supera o que se entende por *preconceito*, definido por Voltaire (1959, p. 263) como “uma opinião sem julgamento”. Para haver julgamento, o sujeito deve conhecer um determinado tema, daí a correção da língua espanhola, ao se referir ao que entendemos por preconceito como *prejuicio*, ou seja, julgamento antecipado (Espanha, 2001, p. 1822). Mais que isso, o preconceito remete à formação individualizada de opiniões sem o devido embasamento para tanto, ao passo que, em relação àquele sentimento negativo para com o acusador, temos a convicção de que ele supera a noção de indivíduo, vindo a formar parte de um conceito generalizado, independentemente da cultura em que esteja inserido.

É por isso que, a partir da análise dos mais variados textos encontrados em diversas épocas e culturas, é possível afirmar que essa visão pejorativa do acusador vai além da noção de individualidade, e entra no que Carl Jung popularizou sob a denominação de *inconsciente coletivo*. Segundo ele, parte da psique é formada pelo inconsciente pessoal e pelo inconsciente coletivo. O primeiro diz respeito a conteúdos que já foram conscientes, mas foram esquecidos ou reprimidos. O segundo está ligada a conteúdos nunca experienciados e que, assim, foram transmitidos pela hereditariedade (Jung, 2003, p. 53).

Este é o tamanho do problema a ser enfrentado e superado pela figura do acusador.

3. O ACUSADOR NA IDADE ANTIGA

Ao fazermos referência à Idade Antiga, poucas culturas dessa época deixaram tantos registros que, por meio de traduções, chegaram ao mundo ocidental até hoje. Por isso, dedicar-nos-emos à menção do acusador presente na Bíblia Sagrada, texto que, por ser de cunho religioso, produziu forte impacto na formação cultural de diversas sociedades ao longo de mais de dois milênios. Também serão abordados o direito ateniense e o direito romano, formadores que foram de inúmeras práticas e convicções laicas na cultura ocidental contemporânea.

3.1. BÍBLIA SAGRADA

Antes de indicar passagens que corroborem nossa visão sobre a formação de um inconsciente coletivo que justifica a cultura do cerceamento de acusação, é importante deixar claro que a referência à Bíblia Sagrada não guarda predileção por qualquer religião. Ao ser encarada como um documento que retratou a forma de ver o mundo das pessoas ao tempo em que ela foi redigida, e a influência na formação do pensamento das sociedades posteriores àquela redação, ela se constitui em uma fonte de informação extraordinária, para se dizer o mínimo.

Feita essa observação, tanto no Velho como no Novo Testamento, o acusador aparece associado à figura de Satanás.

No Velho Testamento, essa referência se vê em duas oportunidades. A primeira, em Jó (Jó 1, 6-12) (Bíblia Sagrada, 2012, p. 654) – embora não claramente –, onde Satanás aparece como acusador de Jó perante a Corte de laweh; a segunda, de modo a não deixar dúvidas, aparece em Zacarias (Zc 3, 1) (Bíblia Sagrada, 2012, p. 1140).

No Novo Testamento, a equivalência de Satanás à figura de um acusador é vista em Apocalipse (Ap 12, 10) (Bíblia Sagrada, 2012, p. 1452) e Coríntios (2 Cor 11, 14-15) (Bíblia Sagrada, 2012, p. 1367).

Enfim, esse importante texto histórico, que foi o primeiro a ser impresso mecanicamente no mundo (1450-1455) (Davies, 1996), é responsável, há mais de dois mil anos, pela disseminação da visão do acusador como

ligado a práticas voltadas ao mal da humanidade.¹

3.2. DIREITO ATENIENSE

A literatura clássica não nos apresenta a existência de um acusador público no direito ateniense. Na verdade, a atividade acusatória era exercida por quem houvesse sido vítima de uma conduta ilegal (acusador particular e acusador privado) ou por qualquer pessoa do povo (acusador popular).²

Especificamente em relação a este último, o acusador popular ficou marcado, no direito ateniense, pela figura do *sicofanta*. A etimologia da palavra está ligada a *delator de figos*, e sua origem remonta à primeira tábua de Sólon, autor da constituição que desencadeou o surgimento da democracia ateniense. Tal tábua proibia a exportação de certos produtos, entre os quais se encontrava o figo (*sico*, em grego). Assim, aqueles que exportavam figo, contrariando a legislação, eram acusados pelos *sicofantas* (Plutarco, 1979, p. 124).

Com o tempo, os sicofantas acabaram por se desprender dessa atividade fiscalizatória, e passaram a atuar como acusadores profissionais dos mais variados fatos, não raras vezes para prejudicar as pessoas no campo político ou econômico (Manfredi, 2008, p. 162).

Foi aí que essa figura passou a ser associada a todo tipo de ilicitude processual³, defeitos de personalidade e de conduta. A tal ponto chegou sua má fama que a menção pejorativa a ele se vê até em textos romanos, tais como a obra *Contra os Retóricos*, de Sexto Empírico (2013, p. 23-25).

Especificamente na literatura ateniense, ninguém se dedicou mais à figura dos sicofantas que Aristófanes, o maior nome da comédia antiga. As suas peças não poupavam palavras para colocar aquele acusador como o responsável pela atividade mais vil de seu tempo.

Em *Os Acarnânios*, os sicofantas são associados a mentira, trapaça, injúrias, desgraça e maldade, sendo pessoas – até mesmo chamadas de malditas – que, propositadamente, inventam coisas contra as outras (Aristófanes, 2000, p. 69, 79, 88, 89, 90, 95, 96, 97 e 99). Na peça *A Assembleia de Mulheres*, esses acusadores

também estão ligados a uma visão depreciativa, chegando a ser apontados como acusadores profissionais que colocam em perigo a democracia. A sua subsistência vinha do pagamento derivado da verba de sucumbência a ser paga por quem perdia o processo, daí decorrendo o ajuizamento indiscriminado de acusações, mesmo que sem muitas chances de êxito (Aristófanes, 2011, p. 30, 31, 35 e 39).

A abordagem em torno da figura dos sicofantas segue presente na peça *Os Cavaleiros*, em que Aristófanes (2000, p. 42 e 136) os retrata como “cães de guarda” e alguém que procura prejudicar as pessoas. Já, em *Pluto (A Riqueza)*, o rechaço à figura dos sicofantas aparece em várias passagens (Aristófanes, 1999, p. 11, 16, 35 e 60-66), trazendo até mesmo uma nova informação, que era a exigência de dinheiro, por parte deles, para que não acusassem as pessoas, o que se traduzia em uma clara chantagem para a compra do silêncio dos sicofantas (Aristófanes, 1999, p. 35).

Apesar de estas peças terem mencionado a figura dos sicofantas, nenhuma delas foi tão contundente quanto *As Vespas*, cujo nome é uma referência àqueles acusadores, por considerar que suas *picadas* molestavam a paz pública.⁴ Nela, Aristófanes destila toda a sua ira contra eles, fazendo referência à má-fé dos acusadores, que ajuizavam demandas para atingirem fins espúrios. Nessa peça, há referência às negociatas feitas pelos sicofantas para conseguirem seus resultados nos processos, além de apontar a atividade de acusador como algo menos nobre, que se destina a tirar dinheiro das pessoas. Eles são considerados vampiros, que perseguem os cidadãos inofensivos com “processos judiciais, acusações e chicanas”. Em contrapartida, quem exerce a defesa é apresentado como herói (Aristófanes, 2004, p. 20, 43, 57, 61, 108 e 165).

Além de Aristófanes, outros autores – embora não ligados às artes cênicas – também apresentaram sua visão em relação aos sicofantas.

A título de exemplo, encontramos Teofrasto, que apontou a dificuldade em se viver na cidade, por conta da atividade dos sicofantas (2000b, p. 106), chamando-os de *cachorros do povo*, por serem *vigilantes dos delinquentes* (2000a, p. 114). Por sua vez, Alcifrão (2000, p. 258) faz

1 Essa visão do acusador, ainda nos dias de hoje, pode ser referendada pela obra de David Alsobrook (2002), intitulada *Como Calar o Acusador*, voltada a identificar como o Diabo ataca o povo de Deus, e como este mesmo povo deve proceder para enfrentar esses ataques e se defender deles. Na literatura brasileira, a equivalência de Satanás ao acusador aparece na obra *Auto da Compadecida*, de Ariano Suassuna, publicada originariamente em 1955.

2 Um dos melhores estudos sobre a figura do acusador popular pode ser encontrado na obra de Julio Pérez Gil (1998).

3 Ninguém menos que Hélio Tornaghi (1958, p. 175) chega a apontar que, entre os defeitos do sistema acusatório (originado no direito ateniense), estão a “facilidade da acusação falsa” e a “deturpação da verdade”.

4 Estudo específico sobre essa peça foi apresentado por Arnaldo Moraes Godoy (2000).

menção indireta aos sicofantas, mas se referindo aos acusadores como sendo pessoas que obtêm recursos por via injusta, por provocarem os tribunais atenienses ou praticarem chantagem na Ágora, principal espaço político, social e comercial de Atenas. Por fim, Xenofonte (2006, p. 91 e 92) se refere aos sicofantas como homens que ganhavam a vida de forma inescrupulosa, que desistiam das ações que ajuizavam mediante pagamento a ser feito pelo acusado ou quando se tornavam réus para provarem o próprio veneno.

3.3. DIREITO ROMANO

Não muito diferente era a visão do acusador no direito romano. Mesmo assim, é preciso fazer uma importante diferenciação entre duas figuras que, embora igualmente detestáveis à sua época, não podem ser vistas como exercendo a mesma atividade. Referimo-nos aos *delatores* e *acusadores*.

Os delatores aparecem, com mais força, no período imperial do direito romano, momento em que foram deixadas de lado certas formalidades para que o processo tivesse seu início, de modo a possibilitar que os governantes exercessem seu poder de maneira mais incisiva e efetiva. Eles não exerciam a função de acusar – própria dos acusadores –, mas de meros informantes, cuja atividade era marcada pela informalidade, contrariamente às exigências impostas para a validade da acusação (Santalucia, 1998, p. 281).

Por outro lado, a figura dos acusadores era identificada como aquela que apresentava uma peça formal perante quem deveria julgar (denominada *nominis delatio*, *nominis deferre* ou, mais tardiamente, *accusatio*), e que deveria conter o nome da pessoa acusada, a infração penal por ela praticada e o pedido de condenação (Cicerón, 2002, p. 170). A identificação das más condutas patrocinadas por eles chegou a tal nível, que foi necessária a criação de diversos institutos destinados à punição daqueles que assim agissem.

Dessa forma, o processo romano previa: a) a *calumnia*, destinada a punir o acusador que, ao ajuizar sua ação, já sabia da não veracidade dos fatos por ele imputados a outrem (Cícero, 2000, p. 257); b) a *tergiversatio*, voltada a punir o acusador que desistisse da acusação (Justiniano, 1968); e c) a *praevaricatio*, que buscava coibir o acordo feito entre as partes, cujo objetivo era o acusador ajuizar sua ação para, de alguma forma, proteger o acusado, como, por exemplo, obter uma pena menor do que aquela que seria alcançada por outros acusadores mais impetuosos (Justiniano, 1968).

Por essa soma de fatores, ao passo que os defensores romanos eram vistos como possuidores de grande prestígio (Cícero, 1985, p. 8), os acusadores eram retratados, para dizer o menos, como “cães que invadiram as salas dos tribunais” (Sêneca, 2007, p. 51).

4. O ACUSADOR NA IDADE MÉDIA E NA IDADE MODERNA

A Idade Média (476-1453) e a Idade Moderna (1453-1789) foram marcadas pela prevalência de um sistema de processo penal conhecido como *inquisitivo*, onde o protagonismo foi concedido à figura do sujeito encarregado da presidência e julgamento do processo, mais conhecido como *juiz inquisidor*. Em relação a esse sistema, pouco se fala sobre a possível presença de um acusador diferente do juiz, pois a doutrina, erroneamente, costuma difundir a afirmação de que, à época, somente o juiz era o responsável pela acusação.

Ao analisarmos os principais textos ligados ao sistema inquisitivo, é possível ver que a figura do acusador não foi afastada dele. Ao contrário, fez-se menção ao acusador em todos eles, o que motivou a possibilidade de diferença, em pleno sistema inquisitivo, entre quem acusava e quem julgava.⁵

Embora não se possa negar que o protagonismo haja sido do juiz inquisidor, ainda assim a figura do acusador não ficou imune à construção de uma imagem negativa em torno dele, fruto da má-fé com que alguns atuavam. Não por outro motivo, a literatura dessa época não poupava adjetivos para caracterizá-lo em sentido negativo (Llull, 2006, p. 65), ou a necessidade de ele ser condenado às mesmas penas de prisão que havia pretendido para o acusado (Voltaire, 2001, p. 55 e 92).

Por outro lado, voltando à figura do juiz inquisidor, foi a perda de sua imparcialidade – motivada por ele chamar para si a iniciativa em instaurar processos criminais ou religiosos, e por ele ser o responsável pela autorização da tortura – que o ligou à postura acusatória, embora não ajuizasse, propriamente, uma acusação formal. Exceção a isso foi o processo inquisitivo alemão, onde a *Constitutio Criminalis Carolina*, de 1532, previa a possibilidade de o juiz ajuizar uma acusação, atendo-se a uma fórmula preestabelecida (Tolomei, 1903, p. 882).

Foi exatamente esse protagonismo que fez com que a imagem do juiz inquisidor estivesse fortemente

⁵ Como regra, ele era um sujeito processual desvinculado do poder central ou religioso, embora seja possível encontrar, como é o caso da Inquisição Espanhola, a figura do *fiscal*, que, atualmente, nada mais é que o Ministério Público (Espanha, 1484; Espanha, 1561).

ligada à figura do acusador, influenciando na construção e consolidação de uma cultura antiacusatória, que deu margem ao fenômeno do *cerceamento de acusação*. É por isso que, com a correção de sempre, Roberto Lyra (1933, p. 17) apontou que “si, com a idade moderna, desapareceu o inquisidor, contemporaneamente a relegação abrange o acusador”.

Bem comprovando esse sentimento, Pierre Bouchardon (1937, p. 31) descreve sua impressão sobre Nicolas-François Bellart, então Procurador da República na França, vendo-o como um homem “de rosto pálido, de costumes austeros, com ares sombrios de grande inquisidor”.

5. O ACUSADOR NO PERÍODO REVOLUCIONÁRIO E PÓS-REVOLUCIONÁRIO FRANCÊS

A Revolução Francesa foi motivada por vários fatores, entre os quais se podem elencar aqueles de ordem política, social e religiosa. Ainda assim, uma boa parcela desse evento histórico também teve, como fator desencadeante, o rechaço ao sistema inquisitivo, como se vê perfeitamente na obra dos autores iluministas – tais como, Montesquieu, Voltaire, Rousseau e Beccaria –, que formaram o caldo de cultura que levou à erupção daquele acontecimento.

Do que pouco se fala sobre a Revolução Francesa, no entanto, é do período em que todos os seus ideais foram deixados de lado, dando-se início a julgamentos apartados das regras processuais básicas defendidas até então, com a consequente aplicação da pena de morte às pessoas que eram condenadas. Por haver um simulacro de processo que levava à absolvição ou condenação à morte das pessoas acusadas (dois únicos resultados possíveis), é aí que entrou a figura de um acusador – no caso, um acusador público –, cuja fama transcendeu ao seu tempo.

Conhecido como o *machado* da Revolução Francesa, Antoine-Quentin Fouquier de Tinville (1746-1795) foi nomeado acusador, por Danton e Robespierre, em 10 de março de 1793, junto ao Tribunal Criminal Extraordinário. Em pouco mais de um ano e meio, ele ordenou a morte de mais de duas mil pessoas, entre as quais se encontravam jovens, velhos e mulheres grávidas. Em razão do grande número de pessoas condenadas à morte, há quem dissesse que ele havia sugerido que a guilhotina fosse colocada na frente do Tribunal para evitar

a perda de tempo na execução da pena (Viéville, s.d.).

A atuação de Antoine-Quentin Fouquier de Tinville fez com que seu nome transcendesse sua época⁶ e, mesmo séculos depois,⁷ ele ainda possui força suficiente para vincular a figura do acusador à imagem de alguém implacável e cruel.

Por fim, como o modelo processual proposto no período revolucionário não esteve imune a defeitos (Castilhos, 1897, p. 247), foi preciso repensar a lógica a ser aplicável à persecução penal. Foi aí que Napoleão Bonaparte, por meio do Conselho de Estado por ele mesmo presidido, apresentou o *Code d’Instruction Criminelle*, que entraria em vigor somente em 1811.

Essa codificação ficou marcada como a primeira a conceder ao Ministério Público a legitimidade investigatória criminal (ainda que de forma restrita), a elevá-lo à condição de titular da ação penal pública, a eliminar a tortura como método de obtenção da verdade e, por consequência, a extinguir o sistema tarifado de provas. Além disso, ela foi adotada em vários outros países europeus, em substituição à legislação vinculada ao sistema inquisitivo.

Mesmo assim, a figura do acusador público seguiu marcada como sinônimo de prepotência e abuso de poder. Além das obras de caráter jurídico (Vabres, 1938, p. 142-143), a própria literatura francesa bem demonstra essa visão, por meio dos escritos de Honoré de Balzac (1977, p. 197) e Victor Hugo (2001, p. 24, 49 e 145).

6. O ACUSADOR NOS SÉCULOS XX E XXI

No início do século XX, Roberto Lyra (1933, p. 17) bem apontou um forte motivo para o acusador ser tão mal visto não só no meio processual, senão também em grande parte da sociedade. Referiu-se ele ao fato de o acusador haver *herdado* o sentimento negativo que, outrora, era dirigido à figura do juiz inquisidor. Contudo, outros fatores somaram forças a uma visão negativa do acusador, e ajudaram na formação de *um caldo de cultura* que procuraria justificar todo e qualquer tratamento diferenciado a ser imposto a ele.

Um primeiro fator está ligado à construção da *vitimização do acusado*, que seria visto como alvo de uma atuação sempre antiética, imoral e ilegal por parte de quem lhe imputa, em nível processual, a prática de alguma infração penal (Almeida, 1937, p. 134-135). Mais

6 Menção a ele aparece na obra de Honoré de Balzac (1977, p. 19).

7 Menção a ele também aparece nas lições de Roberto Lyra (1965, p. 288) e Henry Robert (2002, p. 15).

que isso, o acusador passou a ser visto como alguém “que ambiciona destruir o primado do estado constitucional de inocência” (Souza Júnior, 2011, p. 41), em lugar de ser o sujeito processual a quem cabe, de regra, desincumbir-se do ônus da prova.⁸ Até por isso, e por não se curvar aos argumentos defensivos, o acusador – sobretudo, o público – foi apontado como alguém “sempre apaixonado, por vezes agressivo”, que desempenha “um papel de beligerante” (Boucardon, 1937, p. 113 e 116).

A partir da pavimentação dessa vitimização, o caminho ficou sedimentado para um segundo fator, que foi a redefinição do próprio processo penal.

Por certo que ele não seria somente *umas folhas de papel*, com base nas quais far-se-ia o julgamento da causa, tal como o descreveu Pedro Calderón de la Barca (1995, p. 141), em obra de 1636. Muito mais que isso, o processo penal já foi apontado como uma *arte* (Piatigorski, 2007, p. 35), um *substituto da guerra* (Goldschmidt, 1950, p. 77-93), um campo de batalha (Balzac, 2013, p. 925), um *jogo* (Calamandrei, 1950, p. 23-51) e até um *suplício* (Garapon, 1997, p. 225-226).

A partir da difusão da ideia de que o Estado seria o *vilão*, a imagem do acusado, ao natural, passou a ser difundida como se ele fosse “o herói da tragédia”, “o herói, soberbamente solitário” ou, simplesmente, “o herói” (Garapon, 1997, p. 66, 104 e 187).

Tal concepção foi, por assim dizer, a pedra fundacional de uma linha doutrinária que passou a propalar a ideia de que o processo penal se destinaria, portanto, a agir como um “limitador da violência do Estado” (Coutinho, 2008, p. 13; Coutinho, 2009, p. 229), em razão de ele sempre haver sido “associado a um colete de forças simbólico que inibe o acusado” (Garapon, 1997, p. 108). A partir dessa lógica, procurou-se generalizar a ideia de que “toda a estrutura do processo foi voltada para o acusado” (Argemiro; Ristow, 2007, p. 143 e 146).^{9/10}

Na raiz desse segundo fator, não há como negar que está a concepção ideológica de seus máximos

representantes. Sendo honesto com seus leitores, Antoine Garapon afirma que a ordem jurídica, cuja manutenção estaria a cargo dos *aparelhos repressivos do Estado* – entre os quais estaria inserido todo o sistema de justiça (Althusser, 1987, p. 70) –, não seria mais que “uma opressão suplementar da classe dominante” (Garapon, 1997, p. 230).

Quanto a esse ponto de vista, não é nossa intenção aprofundar, ao menos aqui, a discussão sobre questões ideológicas ou políticas. No entanto, o que se pode dizer, de momento, é que essa visão do processo penal e das autoridades públicas ligadas à persecução penal guarda profunda relação com a supremacia do indivíduo sobre o coletivo.

Isso tem nome, que, em última análise, é o que se convencionou chamar de *anarquismo*. No entanto, até mesmo Henry David Thoreau (2017, p. 9), apontado como o fundador do anarquismo, pregava a necessidade de punição para quem, na sua ótica, cometia atos nocivos à sociedade, posição que deixa exposta uma profunda contradição na base argumentativa utilizada para se partir da ideia de que o Estado é inimigo do cidadão.

A menos que se fale em retorno à vingança privada – o que esse autor não faz –, não há como prescindir de uma estrutura organizada, a partir da distribuição de funções, para que ocorra validamente a responsabilização daquelas pessoas que ferem certos valores de uma sociedade que pretende se manter organizada.¹¹

O terceiro e último fator que, em nossa visão, contribui para a manutenção e fortalecimento de uma cultura voltada à depreciação da figura do acusador é a busca de redenção, por parte de um segmento da magistratura, pelas arbitrariedades e erros cometidos por ela no passado. Melhor explicando, é possível identificar um verdadeiro processo de catarse por setores do Poder Judiciário, que procuram se desapegar da imagem pejorativa construída por ele próprio, em razão dos erros e abusos cometidos durante a fase em que vigorou o

8 Em meio à literatura, um ótimo exemplo dessa verdadeira repugnância à figura do acusador, fruto da vitimização do acusado, pode ser encontrado na obra de Jakob Wassermann, intitulada *O Processo Maurizius*, de 1928 (1982, p. 67).

9 Em oposição a essa forma de entender o processo penal, encontramos a posição equilibrada de Rogério Lauria Tucci (2002, p. 46).

10 Bem representando essa linha ideológica, encontramos Salo de Carvalho (2002, p. 21), ao vincular o garantismo penal com proteção exclusiva aos direitos do investigado ou réu.

11 Isso nos faz remontar, enfim, a uma antiga – e tão esquecida lição de Platão (2002, p. 12-13), ao lembrar que “se alguém julga que basta criar leis, não importando quais, para estabelecer solidamente uma constituição, sem que haja um homem com autoridade para velar pelo gênero de vida que se leva na cidade, de modo a fazer reinar a temperança e a energia entre escravos, bem como entre os homens livres, está enganado”.

sistema inquisitivo, para se colocarem, agora, como verdadeiros *juizes-defensores*.¹²

Em âmbito doutrinário, vários são os argumentos invocados para cancelar ou dar ares de tecnicidade a esse perfil de atuação judicial. Há quem sustente que o juiz deve atuar na “assistência do acusado” (Prado, 1999, p. 130; Lago, p. 456), como corolário dos princípios *favor rei* e *favor libertatis* (Hamilton, 2000, p. 205) ou do *status libertatis* (Giacomolli, 2008, p. 36-37). Entretanto, o que eles não dizem é que a doutrina – há várias décadas – já alertava para o fato de que, dentre as características do sistema inquisitivo, estava a obrigação de o juiz atuar como um defensor pró-réu (Marques, 1960, p. 23; Marques, 1997, p. 97; Tornaghi, 1958, p. 9; Rangel, 2005, p. 50).

Esse alerta, apesar de impactante, é corroborado pelos próprios documentos históricos que regulamentaram a Inquisição Católica, tal como bem demonstram os textos da inquisição portuguesa (Barbosa, 2014) e inquisição espanhola (Espanha, 1484; Espanha, 1561).

7. A CONTRACULTURA AO CERCEAMENTO DE ACUSAÇÃO

Ao mesmo tempo que João Baptista Cordeiro Guerra (1998, p. 10) deu um choque de realidade nos membros do Ministério Público brasileiro – afirmando que “ninguém gosta do promotor público” –, ele apontou a melhor estratégia para reverter esse sentimento negativo disseminado. Disse ele, então, que a solução seria conquistar os desafetos do Ministério Público “para a causa da justiça” (Guerra, 1998, p. 11), mas, infelizmente, não deixou claro como essa *conquista* deveria ser realizada.

Ao longo dos anos, o que se tem visto é um esforço enorme do Ministério Público e de parte de seus membros com atuação no meio acadêmico, ao se dirigirem à sociedade para explicar o que é essa instituição e o que ela faz. Sobretudo a partir de 1988, há diversos textos voltados a esclarecer que o Ministério Público é o representante da sociedade e da vítima no processo penal, mas, em contrapartida, são poucos os estudos que se ocupam em aperfeiçoar essa forma de atuação. Nas três últimas décadas, duas foram as proposições

inovadoras voltadas a esse aperfeiçoamento, sendo elas a busca pelo reconhecimento da constitucionalidade da investigação criminal por ele presidida e o recente acordo de não persecução penal.

É por isso que, segundo pensamos, a contracultura ao cerceamento de acusação passa, obrigatoriamente, por uma mudança de visão na relação que há entre o próprio Ministério Público e, ao menos, dois tipos de textos normativos, quais sejam, a Constituição Federal e as normativas convencionais protetivas dos direitos humanos.

No que diz respeito ao texto constitucional, é preciso recordar que todos os incisos do artigo 5º estão obrigatoriamente vinculados ao conteúdo de seu *caput*. Eles não trazem institutos apartados da orientação primordial estabelecida pelo *caput*, bastando lembrar que o conteúdo de todos esses incisos deve ser interpretado à luz das balizas que estabeleceram “a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade” (Brasil, 1988).

A partir dessa perspectiva, desloca-se o foco de atenção dos direitos e garantias como voltados somente à preservação dos interesses do sujeito passivo da persecução penal, e se insere a vítima e o próprio Ministério Público também como seus beneficiários. Exemplos disso são o direito ao contraditório, ao processo com prazo razoável e, até mesmo, à ampla de defesa, geradora que é, quando de sua violação, do instituto do *cerceamento de defesa*.

Quanto a esta, é importante que se diga que a interpretação em vigor no Brasil – no sentido de que, por ter o nome de cerceamento *de defesa*, ele somente se destina a proteger os interesses da pessoa investigada ou acusada –, muito se deve à falta de dedicação doutrinária para compreender seu conteúdo e extensão subjetiva junto ao direito comparado. E, quando mencionamos *extensão subjetiva*, referimo-nos a quem tal direito ou instituto tem como destinatário.

Invocando a realidade espanhola, lá encontramos o instituto da *indefensión*, presente no artigo 24.1 de seu texto constitucional, ao dizer que “todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse

12 A figura do *juiz defensor* apareceu, originariamente, pelas mãos de Niceto Alcalá-Zamora y Castillo (1992, p. 252), ao se referir aos magistrados da Justiça Trabalhista, indicados pelas classes profissionais dos empregadores e empregados. Em uma comparação com o direito brasileiro, eles seriam os juizes classistas, extintos pela Constituição Federal de 1988. Posteriormente, essa expressão foi transportada para o direito processual penal, justamente para designar aqueles juizes que direcionam suas atenções para suprir as deficiências da atuação defensiva em nível processual (Andrade, 2013, p. 229-234).

indefensión” (Espanha, 1978).¹³ Como se vê, não há qualquer limitação para que sua aplicabilidade somente atinja a quem figurar no polo passivo da persecução penal. Isso motivou a doutrina espanhola a sustentar que a impossibilidade de *indefensión* se aplica a todas as partes (Picó I Junoy, 1997, p. 44) – inclusive, aos acusadores não públicos –, de modo a poderem alegar e provar seus pontos de vista, em igualdade de condições com o acusado (Montero Aroca, 1997, p. 140-141).

A partir desse entendimento, lançadas estariam as bases não só para o reconhecimento do instituto *cerceamento de acusação*, senão também a busca por sua própria validação constitucional.

Já no que diz respeito aos textos convencionais, um grande avanço ocorreu, por parte do Ministério Público, em relação à preocupação com a proteção aos direitos humanos. Isso se nota não só em razão dos fundamentos invocados em ações judiciais, senão também no seu próprio organograma administrativo, com a criação de Promotorias de Justiça de Direitos Humanos e de Centros de Apoio Operacionais dos Direitos Humanos. Ainda assim, é possível dizer que essa aproximação vem ocorrendo somente em sua atuação civil, pois, na área criminal, ainda há um enorme preconceito que vincula os direitos humanos à proteção exclusiva de quem figura como acusado ou investigado.

É bem verdade que essa vinculação equivocada se deve, em muito, ao esforço hercúleo de setores da doutrina nacional, ao difundirem massivamente esse ponto de vista distorcido. Entretanto, também é verdade que, em lugar de se deixar influenciar por posições que contrariam seus interesses, cabe ao Ministério Público melhor se dedicar à real compreensão do significado, conteúdo e interpretação internacional dada a esse tema. Como a dedicação ao tema convencional começou a fazer pouco em nosso país, é aí que entra a necessidade de a doutrina brasileira voltar seus olhos para a jurisprudência internacional, em especial às Cortes protetivas dos direitos humanos.

Três exemplos podem ser dados em relação aos resultados que essa quebra de paradigma pode trazer para a figura do acusador e para o Ministério Público, especificamente.

O primeiro deles diz respeito à identificação da existência de *obrigações processuais penais positivas* por parte dos Estados que aderirem às convenções internacionais protetivas dos direitos humanos. Elas diriam respeito à “tarefa de proteção dos direitos humanos”,

sendo que “essas obrigações abrangem também o dever de prevenir, investigar e sancionar [...] as violações aos direitos fundamentais albergados nas Convenções” (Fischer; Pereira, 2019, p. 19). E, para os efeitos do presente estudo, estas obrigações claramente atingiriam o Estado brasileiro, em razão de ele ser signatário da Convenção Americana dos Direitos Humanos.

O segundo exemplo pode ser encarado como uma derivação do primeiro, pois decorre da postura a ser adotada pelo acusador – sobretudo, o público –, quando de sua atuação ao longo de toda a persecução penal. Concretamente, ele está ligado à necessidade de o Ministério Público não mais se colocar somente como guardião da Constituição Federal (exercendo, assim, o controle permanente de constitucionalidade), mas também como sujeito encarregado de exercer o controle de convencionalidade sobre a legislação brasileira (Mazzuoli; Faria; Oliveira, 2020).

Esse acréscimo em suas atividades corriqueiras não provocará apenas a busca por uma melhor qualificação em sua atuação. Em realidade, o Ministério Público tornar-se-á verdadeiro artífice na proteção dos direitos humanos na esfera criminal, sob a invocação do respaldo aos interesses da vítima. Noutros termos, a preservação dos direitos humanos deixará de ser vista como um empecilho ao exercício de suas funções, para ser sua mais importante aliada na preservação dos interesses da segurança pública. Estar-se-á, enfim, disseminando a lógica convencional de que a vítima também é alvo de proteção dos direitos humanos, demonstrando a incorreção dos discursos equivocados que pregam em sentido contrário.

O terceiro e último exemplo diz respeito à forma como certas decisões das Cortes internacionais protetivas dos direitos humanos podem ser interpretados pela doutrina. Particularmente, invocamos o Caso Favela Nova Brasília vs. Brasil, julgado pela Corte Interamericana dos Direitos Humanos em 2017.

Neste caso, o Brasil recebeu várias imposições por parte daquela Corte, em razão de uma série de homicídios, torturas e estupros ocorridos em duas incursões da polícia na Favela Nova Brasília, localizada na cidade do Rio de Janeiro. Boa parte dessas condenações foram consequência da omissão do Estado brasileiro em investigar, adequadamente e em um prazo razoável, a autoria daqueles crimes.

Entre as imposições, foi determinada ao Brasil a necessária revisão da legitimidade investigatória para

13 “Artigo 24.1. Todas as pessoas têm direito de obter a tutela efetiva dos juízes e tribunais no exercício de seus direitos e interesses legítimos, sem que, em nenhum caso, possa se produzir *cerceamento de defesa*”. (tradução nossa)

apurar os crimes cometidos por agentes públicos no exercício de sua função. Especificamente, ao Brasil foi imposta a alteração de sua legislação, a fim de que, em fatos com aquelas características, a legitimidade investigatória recaísse somente no Ministério Público ou no Poder Judiciário, em razão de possuírem independência em relação aos Poderes Executivo e Legislativo.

A partir dessa condenação, uma mudança de foco passou a ser difundida em relação à investigação criminal do Ministério Público. Se, antes desse julgado, sua legitimidade investigatória chegou a ser vinculada ao sistema inquisitivo,¹⁴ foi a partir dele que a aproximação do Ministério Público aos direitos humanos, no âmbito penal, tornou-se mais palpável. Para que se tenha uma ideia desse impacto, a sua investigação criminal vem sendo apontada como “instrumento protetivo dos direitos humanos” (Andrade; Brandalise, 2019b, p. 500), o que representa um giro radical na forma de se encarar a atuação do Ministério Público na esfera criminal.

Como dito, estes são apenas três exemplos de como o acusador – em especial, o acusador público – pode começar a reverter uma imagem tão ligada a ele nos dias de hoje, mas que vem sendo introjetada, em diversas culturas, ao longo de mais de dois mil anos.

Por certo que o caminho é longo, como foi longo o caminho para a sua demonização no processo penal. Mesmo assim, passos já começam a ser dados para que esse preconceito seja superado.

8. CONCLUSÃO

A pesquisa apresentada procurou demonstrar que a figura do acusador, de longa data, vem sendo alvo de forte visão pejorativa quanto à atividade que cabe a ele desempenhar. Sem exagero, é possível dizer que houve a formação de um inconsciente coletivo que compreende a atividade acusadora como uma *capitis diminutio* em relação ao profissional ou à pessoa que a exerce.

Essa visão vem permitindo que haja uma conseqüente discriminação em relação à figura do acusador, seja pelo seu *enfraquecimento* (com a admissão de restrições em sua atuação), seja pelo *fortalecimento* do sujeito passivo da persecução penal (com a concessão de mais armas processuais somente a este). Independentemente do caminho eleito para o alcance dessa discriminação, a jurisprudência começou a tratar esse fenômeno pelo nome de *cerceamento de acusação*, em alusão aos efeitos do instituto conhecido como *cerceamento de defesa*.

Ante a ausência de dedicação doutrinária sobre esse

novel instituto, propôs-se um conceito de *cerceamento de acusação*, de modo a permitir sua perfeita identificação e individualização no direito processual penal. De igual modo, propôs-se um caminho para que essa anticultura acusatória venha a ser superada.

Enfim, procurou-se mostrar os motivos que levaram à criação dessa anticultura acusatória, bem como o caminho para a superação dos obstáculos que, nos dias atuais, vêm aumentando significativamente para que o acusador possa bem desempenhar a atividade que a legislação o autoriza (como é o caso dos acusadores não públicos) ou o obriga (como é o caso do Ministério Público).

9. REFERÊNCIAS

ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto. El Antagonismo Juzgador-Partes: situaciones intermedias y dudosas. *In*: ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto. **Estudios de Teoría General e Historia del Proceso** [1945-1972], tomo I. México: UNAM, 1992.

ALCIFRÓN. De Limopictes a Calcofidemo. Cartas de Parásitos: *In*: TEOFRASTO; ALCIFRÓN. **Caracteres/ Cartas**. Tradução: Elisa Ruiz García. Madrid: Gredos, 2000. v. 37, p. 222-265.

ALMEIDA, Joaquim Canuto Mendes de. **A contrariedade na instrução criminal**. São Paulo: Saraiva, 1937.

ALSOBROOK, David. **Como Calar o Acusador**. 2. ed. Tradução: Eliseu Pereira; Irene Pereira. Curitiba: Atos, 2002.

ALTHUSSER, Louis. **Aparelhos Ideológicos do Estado**. 3. ed. Tradução: Walter José Evangelista; Maria Laura Viveiros de Castro. Rio de Janeiro: Graal, 1987.

ANDRADE, Mauro Fonseca. **Sistemas Processuais Penais e seus Princípios Reitores**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2013.

ANDRADE, Mauro Fonseca; BRANDALISE, Rodrigo da Silva. Caso Favela Nova Brasília e os reflexos na investigação penal: a revalorização do Ministério Público e da vítima. *In*: SUXBERGER, Antônio Henrique Graciano; SANTOS, Leonardo Augusto de A. Cezar dos; BALLAN JÚNIOR, Octahydes; SILVA, Rodrigo Monteiro da. (org.). **Segurança pública. Os desafios da pós-modernidade**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019a. p. 287-315.

14 Esse vínculo decorre da posição manifestada por vários autores brasileiros, tais como Jacinto Nelson de Miranda Coutinho (1994, p. 449), ao afirmar que o agente do Ministério Público com atuação investigatória exerceria “o papel de inquisidor”.

ANDRADE, Mauro Fonseca; BRANDALISE, Rodrigo da Silva. Caso Favela Nova Brasília: A convencionalidade de uma imposição (in)constitucional. **Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik**, v. 10, p. 494-500, 2019b. Disponível em: http://www.zis-online.com/dat/artikel/2019_10_1322.pdf. Acesso em: 12 fev. 2021.

ARGEMIRO, Rosângela Lopes; RISTOW, Rogério. Ampla defesa e Plenitude de defesa: dupla garantia constitucional. **Produção Científica CEJURPS/2007**. Itajaí: Universidade do Vale do Itajaí, p. 143-151, 2007.

ARISTÓFANES. **As Vespas. As Aves. As Rãs**. Tradução: Mário da Gama Kury. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2004.

ARISTÓFANES. **La Asamblea de las Mujeres**. Tradução: José Javier Viana. Madrid: Ediciones Clásicas, 2011.

ARISTÓFANES. Los Acarnienses. *In*: ARISTÓFANES. **Comedias**. Coleção Los Clásicos de Grecia y Roma. Tradução: Luis Gil Fernández. Madrid: Gredos, 2000a. v. 20, p. 31-121.

ARISTÓFANES. **Pluto (A Riqueza)**. Tradução: Américo da Costa Ramalho. Brasília: UnB, 1999.

ARISTÓFANES. **Os Cavaleiros**. Tradução: Maria de Fátima de Souza e Silva. Brasília: UnB, 2000b.

BALZAC, Honoré de. **Esplendores e Misérias das Cortesãs**. Tradução: Américo de Carvalho. Mira-Sintra – Mem Martins/Portugal: Europa-América, 1977. Tomo II.

BALZAC, Honoré de. O Gabinete das Antiguidades. *In*: BALZAC, Honoré de. **A Comédia Humana: Estudos de Costumes e Cenas da Vida Provinciana**. 3. ed. Tradução: Elza Lima Ribeiro; Gomes da Silveira; Lia Corrêa Dutra. São Paulo: Biblioteca Azul, 2013. v. 6, p. 805-972.

BARBOSA, Milton Gustavo Vasconcelos. Inquirição: a verdade por trás do mito fundados do processo penal moderno. **Arquivo Jurídico**, Teresina-PI, v. 1, n. 7, p. 126-141, jul./dez. 2014.

BÍBLIA SAGRADA. 51. ed. Tradução: Ester Domingos Zamagna *et alii*. Petrópolis, RJ: Vozes, 2012.

BOUCHARDON, Pierre. **O Magistrado**. 2. ed. Tradução: J. Pinto Loureiro. São Paulo: Saraiva, 1937.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988. **Diário Oficial da União**. Brasília, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 16 mar. 2021.

CALAMANDREI, Piero. Il processo come un giuoco. **Rivista di Diritto Processuale**, Padova, v. 5, n. 1, p. 23-51, 1950.

CALDERÓN DE LA BARCA, Pedro. **El Alcalde de Zalamea**. Barcelona: Editorial Ramon Sopena, 1995.

CARVALHO, Salo de. Teoria Agnóstica da Pena: O Modelo Garantista de Limitação do Poder Punitivo. *In*: CARVALHO, Salo de. (org.). **Crítica à Execução Penal. Doutrina, Jurisprudência e Projetos Legislativos**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2002. p. 3-44.

CASTILHOS, Julio Prates de. Exposição de Motivos. *In*: RIO GRANDE DO SUL. **Código de Processo Penal do Estado do Rio Grande do Sul**. Edição Oficial. Porto Alegre: Livraria Central, 1913. p. 201-253.

CICERÓN, Marco Tulio. **Discurso em Defesa de L. Cornelio Balbo**. Tradução: Manuel A. Gámez González; Carmen Romero Barranco. Barcelona: Bosch, 1985.

CICERÓN, Marco Tulio. En Defensa de Aulo Cluencio. *In*: CICERÓN, Marco Tulio. **Discursos**. Coleção Los Clásicos de Grecia y Roma. Tradução: Jesús Aspa Cereza. Madrid: Gredos, 2000. v. 48, t. III, p. 161-277.

CICERÓN, Marco Tulio. **Sobre el Orador**. Coleção Los Clásicos de Grecia y Roma. Tradução: José Javier Iso. Madrid: Gredos, 2000. v. 300.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. A Contribuição da Constituição Democrática ao Processo Penal Inquisitório Brasileiro. *In*: OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de; MACHADO, Felipe Daniel Amorim. **Constituição e Processo: a contribuição do Processo ao Constitucionalismo Democrático Brasileiro**. Belo Horizonte: Del Rey, 2009. p. 221-231.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. A inconstitucionalidade de lei que atribua funções administrativas do inquérito policial ao Ministério Público. **Genesis – Revista de Direito Administrativo Aplicado**, Curitiba (2), agosto, 1994, p. 445-453.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. As reformas parciais do CPP e a gestão da prova: segue o princípio inquisitivo. **Boletim IBCCrim**, Rio de Janeiro, ano 16, n. 188, jul. 2008, p. 11-13.

DAVIES, Martin. **The Gutenberg Bible**. London: British Library, 1996.

ESPANHA. Constitución Española, de 27 de dezembro de 1978. **Boletín Oficial del Estado**, 1978. Disponível em: <https://www.boe.es/legislacion/documentos/ConstitucionCASTELLANO.pdf>. Acesso em:

16 mar. 2021.

ESPAÑA. **Copilación de las Instrucciones del Oficio de la Santa Inquisición, fechas en Toledo, año de mil y quinientos y sesenta y un años.** Toledo: [s. n.], 1561.

ESPAÑA. **Diccionario de la Lengua Española.** 22. ed. Madrid: Real Academia Española, 2001. Tomo II.

ESPAÑA. Instrucciones fechas en Sevilla año de 1484 por el Prior de la Santa Cruz. *In:* ESPAÑA. **Copilación de las Instrucciones del Oficio de la Santa Inquisición hechas por el muy Reverendo señor Thomas de Torquemada Prior del monasterio de la Santa Cruz de Segovia, primero Inquisidor general de los reynos y señoríos de España.** Sevilla: [s. n.], 1537.

FISCHER, Douglas; PEREIRA, Frederico Valdez. **Obrigações Processuais Penais Positivas:** Segundo as Cortes Europeia e Interamericana de Direitos Humanos. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2019.

FRANÇA. Code Criminelle. *In:* FRANÇA. **Codes de L'Empire Français.** Paris: A Paris, 1811.

GARAPON, Antoine. **Bem Julgar. Ensaio Sobre o Rito Judiciário.** Tradução: Pedro Filipe Henriques. Lisboa: Instituto Piaget, 1997.

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

GODOY, Arnaldo Moraes. Aristóteles e As Vespas: o desencanto com o Direito na Literatura Ática. **Revista de Informação Legislativa,** Brasília, ano 37, n. 146, p. 251-259, abr./jun. 2000.

GOLDSCHMIDT, Werner. Guerra, duelo y proceso. **Revista de Estudios Políticos,** Madrid, n. 54, p. 77-93, 1950.

GUERRA, João Baptista Cordeiro. **A Arte de Acusar.** 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1998.

HAMILTON, Sérgio Demoro. A Ortodoxia do Sistema Acusatório no Processo Penal Brasileiro: uma falácia. **Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro,** Rio de Janeiro, n. 12, p. 191-206, 2000.

JUNG, Carl Gustav. **Os Arquétipos e o Inconsciente Coletivo.** 3. ed. Tradução: Dora Mariana R. Ferreira da Silva; Maria Luiza Appy. Petrópolis: Vozes, 2003.

JUSTINIANO. **El Digesto de Justiniano.** Pamplona:

Aranzadi, 1968.

LAGO, Cristiano Álvares Valladares do. Sistemas Processuais Penais. **Revista dos Tribunais,** São Paulo, v. 774, p. 441-473 abr. 2000.

LLULL, Ramon. **Livro das Bestas.** Tradução: Ricardo Costa. São Paulo: Escala, 2006.

LYRA, Roberto. Defesa Pública e Defesa Privada. *In:* **O Ministério Público e o Jury.** Rio de Janeiro: Coelho Branco Filho, 1933. p. 15-25.

LYRA, Roberto. Penitência de um Promotor Público. **Justitia,** São Paulo, v. L, ano XXVII, p. 225-236, jul./set. 1965.

MANFREDI, Valerio Massimo. **Akropolis.** A Grande Epopeia de Atenas. Tradução: Mario Fondelli. Porto Alegre: L&PM, 2008.

MARQUES, José Frederico. Do Processo Penal Acusatório. *In:* MARQUES, José Frederico. **Estudos de Direito Processual Penal.** Rio de Janeiro: Forense, 1960. p. 21-29.

MARQUES, José Frederico. **Elementos de Direito Processual Penal.** Campinas: Bookseller, 1997. v. I.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira; FARIA, Marcelle Rodrigues da Costa e; OLIVEIRA, Kledson Dionysio de. Aferição e Controle de Convencionalidade pelo Ministério Público. **Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul,** Porto Alegre, n. 87, p. 83-220, jan./jun. 2020.

MONTERO AROCA, Juan. **Principios del Proceso Penal.** Una Explicación Basada en la Razón. Valencia: Tirant lo Blach, 1997.

PÉREZ GIL, Julio. **La Acusación Popular.** Granada: Comares, 1998.

PIATIGORSKI, Santiago. **Estrategias Procesales.** Buenos Aires: Ad-Hoc, 2007.

PICÓ I JUNOY, Joan. **Las Garantías Constitucionales del Proceso.** Barcelona: J.M.Bosch, 1997.

PLATÃO. Carta XI. De Platão a Laodamas. *In:* PLATÃO. **Cartas.** 4. ed. Lisboa: Estampa, 2002.

PLUTARCO. Solón. *In:* PLUTARCO. **Vidas Paralelas.** Barcelona: Orbis, 1979. v. I, p. 109-147.

PRADO, Geraldo. **Sistema Acusatório.** A conformidade das leis processuais penais. Rio de Janeiro:

Lumen Juris, 1999.

RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 10. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus**. Porto Alegre: Tribunal de Justiça, [1999]. Disponível em: https://www.tjrs.jus.br/novo/buscas-solr/?aba=jurisprudencia&q=&conteudo_busca=ementa_completa. Acesso em: 15 fev. 2020.

ROBERT, Henri. **O Advogado**. 2. ed. Tradução: Rosemary Costhek Abílio. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

SANTALUCIA, Bernardo. **Diritto e Processo Penale nell'Antica Roma**. 2. ed. Milano: Giuffrè, 1998.

SÊNECA. **A Brevidade da Vida**. Tradução: Luiz Feracine. São Paulo: Escala, 2007.

SEXTO EMPÍRICO. **Contra os retóricos**. Edição bilíngue. Tradução: Rafael Huguenin; Rodrigo Pinto de Brito. São Paulo: Unesp, 2013.

SUASSUNA, Ariano. **Auto da Compadecida**. 34. ed. Rio de Janeiro: Agir, 1998.

TEOFRASTO. De La Afición a la Maldad. *In*: TEOFRASTO. **Caracteres**. Tradução: Elisa Ruiz García. Madrid: Gredos, 2000a. v. 37, p. 113-114.

TEOFRASTO. De La Oligarquía. *In*: TEOFRASTO. **Caracteres**. Tradução: Elisa Ruiz García. Madrid: Gredos, 2000b, v. 37, p. 105-107.

THOREAU, Henry David. **A Desobediência Civil**. Tradução: Sérgio Karam. Porto Alegre: L&PM, 2017.

TOLOMEI, Giampaolo. Carolina (La). *In*: **Enciclopedia Giuridica Italiana**. Milano: Società Editrice Libreria, 1903. v. III, parte I, p. 804-835.

TORNAGHI, Hélio. **Curso de Processo Penal**. São Paulo: Saraiva, 1980.

TORNAGHI, Hélio. Formas do Processo Penal. **Separata da Revista Verbum**, Universidade Católica, Rio de Janeiro, Tomo XVI, Fascículo 2-3, p. 173-196, jun./set. 1958.

TUCCI, Rogério Lauria. **Teoria do Direito Processual Penal (Estudo Sistemático)**. São Paulo: RT, 2002.

VABRES, H. Donnedieu de. **A Justiça Penal de Hoje**. Tradução: Fernando de Miranda. Coimbra: Arménio Amado, 1938.

HUGO, Victor. **O Último Dia de um Condenado**. Tradução: Joana Canêdo. São Paulo: Estação Liberdade, 2001.

VIÉVILLE, Lucien. Fourquier-Tinville e a Guilhotina. *In*: CLAISSE, Guy; COUBAND, Claude;

VIÉVILLE, Lucien. **Os Malditos**. Átila: Flagelo de Deus. César e os Bórgia. Fourquier-Tinville e a Guilhotina. Tradução: Mário Dias Correia. Lisboa: Amigos do Livro, s.d. p. 165-275.

VOLTAIRE. **O Preço da Justiça**. Tradução: Ivone Castilho Benedetti. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

VOLTAIRE. Preconceitos. **Dicionário Filosófico**. 5. ed. Tradução: Líbero Rangel de Tarso. São Paulo: Atena, 1959.

WASSERMANN, Jakob. **O Processo Maurizius**. Tradução: Octavio de Faria; Adonias Filho. São Paulo: Victor Civita, 1982.

XENOFONTE. **Ditos e Feitos Memoráveis de Sócrates**. Tradução: Edson Bini. Bauru, São Paulo: Edipro, 2006.

CRIME DE VIOLÊNCIA INSTITUCIONAL: ART. 15-A DA LEI 13.869/2019

RENEE DO Ó SOUZA¹

INTRODUÇÃO

A Lei 14.321/2022, publicada no dia 01 de abril de 2022, sob o *nomem iuris* de Violência Institucional, inseriu o novo tipo penal no art. 15-A da Lei de abuso de autoridade, com a seguinte redação:

Art. 15-A. Submeter a vítima de infração penal ou a testemunha de crimes violentos a procedimentos desnecessários, repetitivos ou invasivos, que a leve a reviver, sem estrita necessidade:

I - a situação de violência; ou

II - outras situações potencialmente geradoras de sofrimento ou estigmatização:

Pena - detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano, e multa.

§ 1º Se o agente público permitir que terceiro intimide a vítima de crimes violentos, gerando indevida revitimização, aplica-se a pena aumentada de 2/3 (dois terços).

§ 2º Se o agente público intimidar a vítima de crimes violentos, gerando indevida revitimização, aplica-se a pena em dobro.

O tipo penal em questão tem o propósito de erradicar a chamada vitimização secundária, também denominada revitimização, compreendida como aquela causada por agentes do Estado, ou, em uma interpretação mais ampla, pela própria sociedade que frequentemente transfere à vítima uma parcela de responsabilidade pelo crime do qual foi alvo. Esse conceito abrange “o sofrimento das vítimas e testemunhas provocado pelas próprias instituições responsáveis pela justiça: policiais, juízes, peritos, criminólogos, funcionários de instituições penitenciárias, entre outros”².

Neste contexto, destaca-se a Lei 14.245/2021, conhecida como Lei Mariana Ferrer, que estabelece a responsabilidade penal de autoridades que desrespeitem a dignidade de pessoas envolvidas em procedimentos oficiais. Essa legislação reforça a necessidade de proteção

às vítimas, especialmente em crimes de natureza sexual, vedando a exposição desnecessária e vexatória que possa resultar em danos adicionais à saúde mental e à dignidade dessas pessoas.

Além da Lei 14.245/2021, o ordenamento jurídico brasileiro já conta com importantes marcos legais voltados à proteção das vítimas em situação de vulnerabilidade, como a Lei 11.340/2006, a Lei Maria da Penha, que em seu artigo 10-A estabelece medidas para garantir a integridade física, psíquica e emocional da depoente. Esses dispositivos normativos visam resguardar a vítima como uma pessoa digna de respeito, e não apenas como fonte de informação para a persecução penal, implementando medidas para reduzir sua exposição a danos psicológicos através de padrões de conduta funcional adequados.

No mesmo sentido, o Supremo Tribunal Federal (STF), ao julgar a ADPF 1.107, decidiu pela inconstitucionalidade de práticas que desqualifiquem a mulher vítima de violência durante a instrução e julgamento de crimes contra a dignidade sexual e de quaisquer crimes de violência contra a mulher e estabelece que “é vedada eventual menção, inquirição ou fundamentação sobre a vida sexual pregressa ou sobre o modo de vida da vítima em audiências e decisões judiciais” (CF, arts. 1º, III; 3º, I e IV; 5º, caput e I; 226, § 5º).

Exemplo do cometimento desse crime ocorre quando um agente público, em audiência de um caso de estupro, questiona a vítima sobre aspectos pessoais irrelevantes e desrespeitosos, como suas roupas, maquiagem e vida sexual, lançando perguntas como: “Você não acha que seu comportamento e modo de vestir atraíram o que aconteceu?” ou “Com esse tipo de atitude você não estaria, de certa forma, provocando?” Esse tipo de questionamento não só transfere uma responsabilidade indevida à vítima, insinuando que seu comportamento ou aparência justificariam o crime, mas também lhe causa intenso sofrimento ao obrigá-la a reviver o trauma, estigmatizando-a e banalizando a gravidade da violência sofrida.

Portanto, o novo tipo penal, ainda que parcialmente, busca preencher uma lacuna no ordenamento jurídico

¹ Mestre em Direito. Promotor de Justiça no Estado de Mato Grosso. Professor e autor de obras jurídicas.

² BERISTAIN, Antonio. Nova criminologia à luz do direito penal e da vitimologia. Brasília: UNB, 2000, p. 106.

brasileiro, procurando evitar que agentes estatais, ao desempenharem suas funções, desprotejam vítimas e testemunhas por meio de uma atuação desnecessariamente ofensiva e revitimizadora.

BEM JURÍDICO TUTELADO

A norma protege a incolumidade psíquica, além do respeito à intimidade e vida privada das vítimas e testemunhas.

SUJEITOS DO CRIME

O sujeito ativo do crime é qualquer autoridade pública que atua em procedimentos administrativos ou judiciais voltados ao atendimento de vítimas de infrações penais ou oitiva de testemunhas de crimes violentos, tais como conselheiros tutelares, assistentes sociais, membros de comissão processante, policiais militares, civis ou penais, promotores de justiça, juízes de direito, defensores públicos, defensores dativos³, peritos etc.

Neste ponto, cabe uma crítica ao novo tipo penal, porque deixou de fora de seu raio de incriminação o advogado particular que, valendo-se do aparelho institucional, promove atos de indevida revitimização. Neste caso, resta remotamente possível a responsabilidade do causídico pelo crime contra a honra, se ultrapassados os limites da imunidade judicial ou crime de violência psicológica (CP, art. 147-B – aplicável somente nos casos em que a vítima seja mulher), ou a sua responsabilidade disciplinar por infração ao art. 34, XXV, do Estatuto da Advocacia.

O sujeito passivo é a vítima de infrações penais e a testemunha de crimes violentos que são revitimizados.

Para os fins pretendidos para este tipo penal, o conceito de vítima deve ser restrito à pessoa que foi diretamente atingida pela ação delinquencial original. Isso porque somente essa pessoa pode reviver a situação de violência ou ser revitimizada pela atuação abusiva das autoridades.

O tipo penal fala em vítimas de infração penal, o que abrange contravenções penais ou crimes em geral, praticados com ou sem violência. São alcançados também as vítimas vulneráveis como crianças, adolescentes, idosos e pessoas com deficiência física, ainda que

tenham reduzido discernimento acerca da revitimização contra elas produzidas. Não é possível, por óbvio, que as pessoas jurídicas sejam vítimas deste crime ante a impossibilidade de serem alcançadas pela vitimização secundária.

Também podem ser sujeitos passivos do crime as testemunhas, entendidas como quaisquer pessoas, inclusive inimputáveis, que compareçam perante a autoridade com o intuito de prestar informações acerca da ocorrência de um delito. Deve-se observar que a lei somente protege testemunhas de crimes violentos, razão pela qual, testemunhas que prestem informações sobre contravenções penais ou crimes sem violência não são sujeitos passivos desta infração. Apesar de incomum, é possível que uma testemunha sofra uma violência institucional, como acontece no caso de ter presenciado um crime violento contra um ente querido e, mediante procedimentos ilícitos, obrigada a depor repetidas vezes sobre o ato.

Embora a vitimização secundária seja mais comumente praticada em face da vítima e testemunha mulher, o tipo penal não faz essa distinção, razão pela qual podem ser vítimas tanto homens quanto mulheres.

CONDUTAS

Na figura do caput, comete o crime em análise o agente que submete, ou seja, que sujeita ou impõe à vítima de infração penal ou à testemunha de crimes violentos, atos de revitimização. Trata-se de um crime de ação livre, passível de ser praticado por qualquer meio, seja por palavras, gestos ou sinais, proferidos em contexto de atos oficiais relacionados à apuração do crime, como audiências, atendimentos diretos, colheita de depoimentos e sessões de julgamento.

Os atos de vitimização secundária estão definidos nos incisos I e II do art. 15-A da Lei, consistindo no reavivamento da situação de violência ou em outras situações potencialmente geradoras de sofrimento e estigmatização. No entanto, a conduta só adquire desvalor penal se o reavivamento da situação de violência ou de sofrimento resultar de um procedimento desnecessário, repetitivo ou invasivo, ou seja, contrários às disposições legais que regulam a atuação dos agentes públicos no atendimento às vítimas e testemunhas mencionadas na norma. Isso inclui, em especial, aquelas que estabelecem a chamada escuta especializada e o depoimento sem danos, conforme preconizado pela Lei 13.431/2017.

3 STJ. RHC 33.133/SC, Rel. Min. Jorge Mussi, 5ª T., j. em 21/05/2013, DJe 05/06/2013.

O significado desses elementos normativos do tipo penal é bem elucidado por Cícero Coimbra, que define procedimento ‘desnecessário’ como aquele que se revela desprovido, ou seja, que não apresenta utilidade para os fins da investigação ou do processo. O termo ‘repetitivo’ refere-se àqueles atos que são adotados mais de uma vez na persecução, enquanto ‘invasivo’ caracteriza aquele que agride a intimidade da pessoa, desrespeitando sua privacidade. Essa interpretação é fundamental para a adequada aplicação da lei e proteção dos direitos das vítimas e testemunhas em contextos judiciais⁴.

Isso significa que, como exemplifica o professor Vladimir Aras:

“Para todas essas vítimas de infrações praticadas mediante violência física ou psíquica, a polícia, o Ministério Público e o juízo criminal deverão adotar rigorosamente os protocolos de depoimento sem danos, agora penalmente tutelados. Devem também evitar atos de instrução desnecessários ou repetitivos que possam causar revitimização. Devem também tais autoridades e a polícia científica, responsável pelas perícias notadamente em crimes sexuais, evitar que os atos probatórios e os atos de instrução da investigação ou da ação penal sejam desnecessariamente invasivos, no tocante à intimidade, à vida privada e tratamento dos dados pessoais das vítimas.”⁵

Contudo, a configuração do crime em questão requer que, além de o procedimento adotado ter sido classificado como desnecessário, repetitivo ou invasivo, o ato seja considerado desprovido de necessidade para a colheita da informação, entendimento que se extrai do último elemento normativo do tipo, expresso na expressão “sem estrita necessidade”.

Por conseguinte, a mera e simples inquirição de vítimas de infração penal ou de testemunhas de crimes violentos, mesmo que possa reviver a situação de violência, não se enquadra no tipo penal, desde que se mostre imprescindivelmente relacionada aos fatos objeto da apuração oficial. Assim, é legítima, conforme definido pela Lei 14.245/2021, a atuação funcional que esteja estritamente ligada aos fatos probandos, desde que realizada com a utilização de linguagem, informações ou materiais que preservem a dignidade da vítima e das testemunhas.

Importante ressaltar que, mantida essa pertinência

finalística, a atuação funcional voltada à elucidação do crime não poderá ser considerada ilícita, mesmo que relativamente contrária à vontade da vítima ou da testemunha. Isso se deve ao fato de que, ao longo do processo, as vítimas e testemunhas, por diversos motivos, podem eventualmente perder o interesse na elucidação do fato, o que não deve ser tolerado pelos agentes estatais, que são movidos pelo interesse público na investigação dos crimes em geral. Portanto, não podem ser considerados atos de violência institucional aqueles que visam a elucidação dos fatos, mesmo que sejam enérgicos, como o confronto respeitoso dos depoimentos prestados por vítimas e testemunhas com outras provas dos autos, a advertência sobre a prática do crime de falso testemunho, as acareações com outros depoentes, ou a condução coercitiva de vítimas e testemunhas que, intimadas, não comparecerem injustificadamente a determinados atos.

No contexto da violência doméstica, por exemplo, o recuo da vítima em seu desejo de responsabilização penal do agressor é conhecido como um sintoma do ciclo de violência inerente a esse tipo de crime, decorrente da intimidação contínua do agressor e da complexidade das relações familiares.

Dessa forma, somente se configurará o crime se a atuação dos agentes estatais se revelar desnecessária e, sob a justificativa de colher informações sobre um fato ou realizar algum ato, submeter vítimas e testemunhas a ofensas psíquicas por meio de questionamentos ou atos irrelevantes, impertinentes, protelatórios e excessivos em relação ao thema probandum do caso. É na esfera da inutilidade funcional e processual que se pode atribuir o significado adequado ao elemento normativo do tipo. Exemplos que podem caracterizar o crime incluem perguntas impregnadas de concepções machistas ou relatórios e peças escritas que contenham opiniões ofensivas ou preconceituosas em relação à vítima ou à testemunha, uma vez que essas abordagens extrapolam a finalidade de reconstrução dos fatos em apuração.

FIGURA MAJORADA § 1º

A figura do parágrafo primeiro difere do *caput*, porque a conduta do agente público é essencialmente omissiva. Aqui, o agente público permite que terceiro intimide a vítima de crimes violentos, de modo a lhe produzir a

⁴ COIMBRA, Cícero. Crime militar extravagante de violência institucional. Blog Gran Cursos Online. Disponível em: <https://blog.grancursosonline.com.br/crime-militar-extravagante-de-violencia-institucional/>. Acesso em: 5 nov. 2024.

⁵ ARAS, Vladimir. A proteção das vítimas contra a violência institucional. Conjur. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2022-abr-02/vladimir-aras-protacao-vitimas-violencia-institucional>. Acesso em: 5 nov. 2024.

revitimização. O desvalor da conduta incriminada parte da ideia de que cabe a autoridade pública fazer uma gestão do atendimento prestado à vítima de modo a obstar condutas do *extraneus* voltadas ao desrespeito revitimizante.

De certo modo, é o que foi apontado pela Corte Interamericana de Direito Humanos no caso **Caso Márcia Barbosa de Souza e Outros vs. Brasil**, julgado em 2021, em que restou assentada a revitimização da vítima em razão das impertinentes e desrespeitosas inquirições e juntada de documentos sobre a conduta social, a personalidade e a sexualidade de Márcia Barbosa, que indicavam a realização de uma investigação sobre a vítima, seu comportamento, sua reputação, com o objetivo de afetar sua imagem. Conforme restou decidido: “Portanto, o Estado não adotou medidas dirigidas a garantir a igualdade material no direito de acesso à justiça em relação a casos de violência contra as mulheres, em prejuízo dos familiares de Márcia Barbosa de Souza.

Esta situação implica que, no presente caso, não foi garantido o direito de acesso à justiça sem discriminação, assim como o direito à igualdade⁶”.

No âmbito do processo penal, como recentemente esclarecido pela Lei 14.245/2021, cabe ao juiz garantir e zelar pela integridade física e psicológica da vítima, o que pode ser feito mediante sua pronta intervenção no ato, além da determinação de “riscamento” das expressões escritas e da requisição da força pública para a manutenção da ordem (CPP, 251 e 794). A gestão da relevância, pertinência ou utilidade das provas, prevista no art. 400, § 1º, e art. 411, § 2º, do CPP, e da pertinência das perguntas feitas em audiência, prevista no art. 212 e 213 do CPP, são normas que ganham relevo neste contexto porque investem o magistrado no dever de velar produção de provas úteis ao desfecho do caso⁷.

Trazendo, inclusive, um recente julgado do Supremo Tribunal Federal sobre a matéria, lembra Renato Brasileiro:

Com base nesse raciocínio, a 1ª Turma do STF considerou válido o indeferimento da oitiva das vítimas sobreviventes do incêndio ocorrido na boate “kiss” em Santa Maria/RS. A produção dessa prova acarretaria não apenas a necessidade de mais de 954 horas de audiência para a tomada de declarações das 638 vítimas, mas também uma nova exposição delas ao cenário traumático em que os fatos teriam se desenvolvido e a repetição de relatos que em nada contribuiriam para o esclarecimento dos fatos (STF, 1ª Turma, HC 131.158/RS, Rel. Min. Edson Fachin, j. 26/04/2016)”. E continua o doutrinador: “Esse poder de polícia exercido pelo magistrado durante todo o curso do procedimento visa evitar a adoção de práticas desleais e abusivas que possam causar um indevido retardamento da prestação jurisdicional. Funciona, pois, como corolário lógico do princípio do impulso oficial, cabendo ao juiz velar pela observância da marcha procedimental, em fiel observância à garantia da razoável duração do processo. Segundo o art. 251 do CPP, ao juiz incumbirá prover à regularidade do processo e manter a ordem no curso dos respectivos atos, podendo, para tal fim, requisitar a força pública⁸”.

É importante ressaltar que a majorante em questão não se aplica a qualquer agente público, uma vez que nem todos aqueles que testemunham um ato de intimidação dirigido à vítima possuem a competência administrativa necessária para impedir tal ato, sendo essa análise condicionada às suas atribuições legais.

Ademais, cumpre destacar que essa figura penal se restringe aos atos intimidatórios perpetrados contra vítimas de crimes violentos, excluindo as testemunhas destes delitos, que se configuram apenas como sujeitos passivos da figura descrita no caput.

Por fim, é pertinente uma consideração crítica. Acreditamos que a referida majorante é desproporcional, pois impõe uma pena mais severa ao agente público que, de forma indireta, contribui para a revitimização da vítima. Para além da incoerência protetiva da norma, que não tipifica como crime a conduta do terceiro que intimida a vítima e a revitimiza, a técnica legislativa utilizada suscita questionamentos. Isso ocorre porque, em regra, as figuras delitivas omissivas devem ser penalizadas com a mesma pena da conduta delitiva principal. Assim, torna-

6 CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso Barbosa de Souza e outros vs. Brasil. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_435_por.pdf. Acesso em: 3 abr. 2022.

7 Cabe aqui, ainda que de passagem, citar as precisas lições de Douglas Fisher e Eugênio Pacelli sobre o indeferimento de provas consideradas irrelevantes, impertinentes e protelatório e sua compatibilidade com o exercício da ampla defesa dos acusados em geral: “Em verdade, a ampla defesa não pode ser confundida com a possibilidade de a defesa querer realizar todo e qualquer ato processual que pretenda, mesmo que sem qualquer utilidade prática. Ampla defesa não é o que a defesa quer, mas o que pode fazer à luz da concretização de todos os princípios constitucionais no processo penal. Portanto, não está em jogo apenas a ampla defesa, mas também o devido processo legal (que é devido processo para ambas as partes), em que um dos princípios reguladores também é a celeridade processual. Com efeito, há muito dizemos, e aqui reiteramos, ampla defesa não se confunde com abuso (atos) de defesa. Noutra oportunidade (FISCHER, Douglas. O princípio da ampla defesa e as condutas com intuito meramente protelatório no procedimento processual penal, RT, n. 761, março/99, p. 509-512), já assentamos que o juiz não deve ser um espectador da vontade das partes, impassível diante de fatos que dificultem a aplicação da Lei penal” (PACELLI, Eugênio. FISCHER, Douglas. Comentários ao Código de Processo Penal e sua Jurisprudência. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2021, p. 1836/1837).

8 LIMA, Renato Brasileiro de. Manual de processo penal: volume único. 8ª. ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2020, p. 1429.

se ilógico punir a participação por omissão com uma pena mais gravosa do que aquela imposta à conduta ativa que atinge o mesmo bem jurídico. A partir dessa análise comparativa, constata-se que a norma estabelece uma escala sancionatória injustificada, a qual viola os princípios da proporcionalidade e da isonomia.

FIGURA QUALIFICADA DO § 2º

A figura qualificada do § 2º do art. 15-A da Lei 13.869/2019 visa punir com maior rigor (pena em dobro) o agente público que intimida, ou seja, constringe, amedronta ou apavora a vítima de crimes violentos de modo a gerar uma indevida revitimização.

Portanto, a diferença para a figura do *caput* é que, aqui, o agente público age de maneira mais intensa, mais hostil, muitas vezes se valendo de sua autoridade pública para exigir que a vítima lhe preste alguma informação, prometendo-lhe algum tipo de sancionamento.

Observe, todavia, que a norma fala em *indevida revitimização*, o que afasta a tipificação de atos funcionais estritamente voltados a elucidação do crime violento como a pura e simples inquirição de vítimas realmente relacionados aos fatos objeto da apuração oficial, ainda que as façam reviver a situação de violência.

VOLUNTARIEDADE

O crime é doloso, inexistindo figura culposa.

Importa destacar a imprescindibilidade da finalidade específica prevista no art. 1º, § 1º, da Lei 13.869/2019 de modo que a caracterização do abuso se ressentir do dolo da autoridade pública, revestido de elemento subjetivo do injusto consistente na vontade direta de exorbitar do poder mediante decisões motivadas por capricho, maldade, com intuito de vingança ou aquelas ações realizadas com intuito de concretizar perseguições ou injustiças.

CONSUMAÇÃO E TENTATIVA

Trata-se de crime material porque a consumação depende do reavivamento da situação de violência ou das outras situações potencialmente geradoras de sofrimento ou estigmatização.

A tentativa é admissível principalmente quando o ato é praticado na forma escrita.

AÇÃO PENAL

Nos termos do art. 3º dessa Lei, trata-se de crime de ação penal pública incondicionada.

O crime é apenado com detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) anos, e multa, na modalidade básica. Nas figuras do §§ a pena, quando muito, alcança o patamar de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos.

Como se vê, em qualquer das suas modalidades, este crime é infração penal de menor potencial ofensivo e admite todas as medidas despenalizadoras da Lei 9.099/1995.

CONCLUSÃO

A criação do tipo penal voltado à proteção das vítimas de crimes violentos e à prevenção da revitimização representa um avanço significativo no ordenamento jurídico brasileiro, especialmente no que tange à dignidade da pessoa humana e à promoção de um sistema de justiça mais justo e humano. Este dispositivo legal visa não apenas coibir práticas de vitimização secundária, mas também garantir que vítimas e testemunhas possam colaborar com a Justiça sem o receio de reviver traumas ou serem submetidas a procedimentos desnecessários, repetitivos ou invasivos.

Entre as vantagens desse novo tipo penal, destaca-se a promoção de um ambiente mais acolhedor e seguro para as vítimas, o que pode resultar em um aumento na disposição delas para relatar os crimes sofridos, contribuindo assim para uma investigação mais eficaz e completa. Além disso, a responsabilização dos agentes públicos que incorrerem em práticas de revitimização reafirma o compromisso do Estado com a proteção dos direitos humanos, fomentando uma cultura de respeito e dignidade nas relações entre a Justiça e a sociedade.

Contudo, é imperativo que este tipo penal seja compreendido de forma adequada a fim de evitar uma interpretação excessiva que possa culminar na intimidação dos agentes públicos no desempenho de suas funções. A preocupação com a revitimização não deve resultar em um temor generalizado que impeça a atuação diligente e necessária dos profissionais responsáveis pela apuração dos fatos. É fundamental encontrar um equilíbrio entre a proteção das vítimas e a imprescindível

função investigativa dos agentes estatais, assegurando que o interesse público na elucidação dos crimes seja respeitado, sem que isso implique a desconsideração da dignidade da vítima.

Assim, a efetiva implementação desse tipo penal requer não apenas a conscientização sobre seus objetivos e limites, mas também a formação contínua dos agentes públicos envolvidos, promovendo uma atuação que, ao mesmo tempo, garanta a proteção das vítimas e testemunhas e assegure o cumprimento de suas funções em conformidade com os preceitos legais e éticos que regem a Justiça. Somente dessa forma será possível construir um sistema judicial que verdadeiramente respeite e proteja todos os seus atores, em especial aqueles que mais necessitam de amparo e suporte diante das adversidades que enfrentam.

REFERÊNCIAS

ARAS, Vladimir. **A proteção das vítimas contra a violência institucional**. Conjur. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2022-abr-02/vladimir-aras-protacao-vitimas-violencia-institucional>. Acesso em: 5 nov. 2024.

BERISTAIN, Antonio. Nova criminologia à luz do direito penal e da vitimologia. Brasília: UNB, 2000.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso em Habeas Corpus n. 33.133/SC, Relator Min. Jorge Mussi. 5ª Turma. Julgado em 21 mai. 2013. Diário da Justiça eletrônico, 5 jun. 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 1.107, Relatora Ministra Cármen Lúcia. Julgado em 23 maio 2024. Disponível em: <https://www.stf.jus.br>. Acesso em: 5 nov. 2024.

COIMBRA, Cícero. Crime militar extravagante de violência institucional. Blog Gran Cursos Online. Disponível em: <https://blog.grancursosonline.com.br/crime-militar-extravagante-de-violencia-institucional/>. Acesso em: 5 nov. 2024.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso Barbosa de Souza e outros vs. Brasil. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_435_por.pdf. Acesso em: 3 abr. 2022.

LIMA, Renato Brasileiro de. Manual de processo penal: volume único. 8ª. ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2020.

PACELLI, Eugênio. FISCHER, Douglas. Comentários ao Código de Processo Penal e sua Jurisprudência. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2021.

DA CADEIA DE CUSTÓDIA COMO INSTRUMENTO EXCLUSIVO DE TUTELA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

JOÃO PAULO ALVARENGA BRANT¹
MARCELO SHIRMER ALBUQUERQUE²
THIAGO AUGUSTO VALE LAURIA³

INTRODUÇÃO

Dentre outras significativas inovações, a Lei n. 13.964/2019, também conhecida como Pacote Anticrime, positivou no ordenamento jurídico pátrio, expressamente, o instituto da cadeia de custódia, agora previsto nos artigos 158-A a 158-F do Código de Processo Penal. Como se sabe, o projeto de lei sofreu uma série de modificações durante sua tramitação no Congresso Nacional, mudanças essas que desnaturaram por completo sua essência enquanto mecanismo útil de combate à criminalidade. Por outro lado, nem todas as alterações perpetradas no texto original devem ser reputadas, por si mesmas, como inovações jurídicas contraproducentes. A cadeia de custódia, seguramente, se enquadra dentro dessa categoria.

Pois bem, para que se possa elucidar essa afirmação, importante fixar, de antemão, o conceito de cadeia de custódia. A tarefa não oferece maiores dificuldades, uma vez que o próprio legislador infraconstitucional apresentou uma definição legal do referido instituto. Assim, de acordo com o art. 158-A do CPP,

“considera-se cadeia de custódia o conjunto de todos os procedimentos utilizados para manter e documentar a história cronológica do vestígio coletado em locais ou em vítimas de crimes, para rastrear sua posse e manuseio a partir de seu reconhecimento até o descarte”.

O conceito revela um instituto muito mais simples do que se poderia supor e já delimita tanto sua abrangência quanto sua finalidade, sem cuja compreensão nenhum estudo alcançará conclusões satisfatórias. Com efeito, a cadeia de custódia tem por objeto não o vestígio em si, mas sua história cronológica. É dizer: não se dirige ao elemento material, mas à sua memória; e sua finalidade é rastreá-lo, não o examinar⁴. Em primeira conclusão, portanto, cadeia de custódia é a formalização documental ou o registro do caminho do vestígio ao longo do trâmite da persecução penal, uma trilha sem solução de continuidade que descreve o elemento de interesse processual e acompanha *pari passu* o seu percurso, desde sua caracterização enquanto tal, até quando já não mais o seja, indicando as pessoas que estiverem na sua posse, locais de sua permanência e o tempo de passagem de uma etapa a outra.

Certamente, uma vez que a conceituação de cadeia de custódia possui a elementar vestígio como núcleo (ainda que vinculado à sua história cronológica), torna-se imprescindível proceder também à sua definição, bem como à de outros institutos correlatos, afastando confusões em relação a outros conceitos de interesse para o processo penal. Nesse norte, pode-se definir vestígio, a partir de seu emprego no bojo do conceito legal de cadeia de custódia, como todo e qualquer elemento presente na cena do crime. Uma vez que tal item se mostre relevante para a identificação da autoria e da materialidade delitivas, estar-se-á diante de uma evidência. A evidência

¹ Não estamos, aqui, a dizer que a identificação, preservação, apreensão e exame do vestígio sejam fatos menos importantes que a delimitação de sua origem, percurso e destino. Pelo contrário. Apenas que os procedimentos voltados a tais finalidades (busca e apreensão, perícias, etc) não integram a cadeia de custódia e merecem estudo apartado desta.

² Em mais de uma oportunidade, mencionou-se, neste trabalho, que a Lei n. 13.964/19 promoveu a introdução expressa da cadeia de custódia no ordenamento jurídico pátrio. O emprego do vocábulo “expressa” não se deu por acaso nem configura qualquer redundância. Na verdade, tal uso decorre da constatação de que alguns artigos do Código de Processo Penal já previam, ainda que tacitamente, procedimentos tendentes à preservação formal da cronologia dos vestígios. O art. 6º, I, do CPP, por exemplo, estabelece que a autoridade policial deverá se dirigir ao local do crime, primar por sua preservação, colher os elementos de prova pertinentes e acionar a equipe de peritos, diligências essas que são praticamente repetidas no novel art. 158-B do CPP. O art. 169 daquele mesmo diploma legal, a seu turno, reforçava sua preocupação no que tange ao isolamento e coleta de vestígios. Destarte, por vislumbrar elementos legais que, mesmo de forma superficial e tácita, demonstravam a preocupação do legislador para com a cadeia de custódia, que se fala, pois, em introdução expressa do instituto por meio do Pacote Anticrime.

³ Por todos, veja-se, com perplexidade, o julgamento do RHC 170843 AgR / SP, de lavra do Supremo Tribunal Federal, o qual acata a tentativa de se introduzir no Brasil, pela via de uma interpretação cuja extensão e elasticidade evoca proporções bíblicas, dos chamados Direitos de Miranda.

⁴ Ver, por exemplo, a resolução PGJ nº 44/2021 do MPMG.

juntada aos autos de uma investigação, ou remetida à central de custódia em regime de vinculação a um determinado procedimento preliminar investigatório, será considerada como um elemento de informação. Por sua vez, ao elemento de informação submetido ao contraditório judicial conferir-se-á o grau de prova, a qual poderá, a teor do art. 155 do Código de Processo Penal, servir como fundamento para a formação da convicção do julgador acerca da culpabilidade do acusado.

Sedimentados esses conceitos indispensáveis para a compreensão da discussão que se propõe, volta-se a atenção à afirmação inicial deste trabalho: a de que se considera salutar a normatização da cadeia de custódia no ordenamento jurídico brasileiro. O motivo pelo qual defende-se esse posicionamento é simples: tanto as finalidades do instituto, como a sua razão de ser, relacionam-se diretamente com a proteção de direitos fundamentais do cidadão submetido à persecução penal, em especial a garantia do contraditório. Explica-se.

A ideia de se registrar documentalmente a cronologia de um vestígio não surgiu por capricho, apego exagerado à forma ou como consequência de uma pseudo-presunção fetichista de que o Estado, imbuído da persecução penal, seria uma máquina de fabricar falsas evidências tendentes à incriminação injusta. Pelo contrário, a razão de ser, o motivo que inspirou a criação da cadeia de custódia enquanto método, perpassa pela percepção de que esse controle documental propicia a prolação de uma sentença de maior qualidade, diminuindo a margem de erro judicial. Para além, a magnitude da cadeia de custódia para o processo penal repousa em suas duas finalidades específicas (resumidas no verbo “rastrear” inserido no conceito legal): assegurar que o vestígio apresentado durante o julgamento constitui exatamente aquilo que se alega ser (autenticidade) e que manteve as suas características probatórias durante o tempo em que tal providência era relevante (integridade).

Além de a rastreabilidade assegurar a transparência do procedimento, tem-se que essa providência maximiza, em matéria probatória, a garantia constitucional do contraditório. Isso porque, a partir do momento em que a defesa técnica tem acesso ao caminho do vestígio, desde o momento de sua descoberta até o descarte, reunirá as condições de identificar eventuais alterações e vinculá-las ao transgressor. Note-se que, aqui não se está a utilizar o vocábulo “transgressor” com caráter depreciativo, mas na acepção da palavra, ou seja, a cadeia de custódia permite que se aponte na posse de qual responsável e/ou em que

local ocorreu uma intercorrência que alterou a aptidão probatória da evidência ou impediu que ela fosse ligada ao fato que se almejava provar. De todo modo, em face da formalização representada pela cadeia de custódia, estará a defesa técnica apta a conhecer a história cronológica do vestígio e, conseqüentemente, reagir, caso apure eventuais falhas capazes de comprometer a transparência do procedimento e a credibilidade da evidência.

Se a previsão expressa⁵ da cadeia de custódia no Brasil configura uma novidade introduzida pelo Pacote Anticrime, o mesmo não pode ser dito em relação a vários ordenamentos jurídicos alienígenas. Pelo contrário, alguns outros países, tanto de raízes jurídicas ligadas à *common law* quanto à *civil law*, já lidam, há décadas, com o instituto da cadeia de custódia. Inclusive, ao se perulstrar o tratamento jurídico conferido à cadeia de custódia no Código de Processo Penal, não se afigura exagerado asseverar que o Brasil, efetivamente, importou o instituto em testilha dos Estados Unidos da América, sem se olvidar de algumas influências oriundas do direito continental europeu, em especial da Espanha. Justamente por essa razão, defende-se que não apenas o instituto em si, mas também o seu tratamento jurídico-hermenêutico seja incorporado pela doutrina e jurisprudência pátrias. Seria um contrassenso agasalhar um instituto tão importante para a tutela do contraditório, cerne do devido processo legal, sem se aproveitar das conclusões extraídas pela doutrina e, especialmente, pela jurisprudência alienígena, que se debruçou atentamente sobre a matéria ao longo de anos e obteve êxito em resolver satisfatoriamente as mais tormentosas questões que giram em torno da cadeia de custódia, sobretudo a conduta a ser tomada em caso de sua quebra.

Note-se que não se está a defender uma simples importação dos entendimentos jurisprudenciais exarados por cortes de outros países pelo Brasil. Com efeito, um problema quase patológico enfrentado pelo processo penal brasileiro ao longo dos últimos anos reside na reprodução desregulamentada, descontextualizada e precipitada de conceitos jurídicos da *common law*, sem que eles perpassem por juízos prévios de cabimento e adequabilidade ao nosso sistema⁶. Por isso, propõe-se, exclusivamente, o aproveitamento da experiência alienígena, especialmente a estadunidense, que mais fortemente inspirou o legislador brasileiro, no julgamento de casos práticos, após a submissão do precedente a uma valoração normativa prévia para com os ditames do ordenamento jurídico nacional. Obviamente, ao aproveitar

5 GIACOMOLLI, Nereu José. AMARAL, Maria Eduarda Azambuja. A cadeia de custódia da prova pericial na Lei nº 13.964/2019. Revista Duc In Altum Cadernos de Direito, vol. 12, nº 27, mai-ago. 2020.

6 BADARÓ, Gustavo. A cadeia de custódia e sua relevância para a prova penal. In: SIDI, Ricardo; LOPES, Anderson B. (org.). Temas atuais da investigação preliminar no processo penal. Belo Horizonte: D'Plácido, 2018. p. 523.

o resultado de uma experiência judicante consolidada através de centenas de precedentes, o processo penal brasileiro obterá ganhos incomensuráveis em termos de segurança jurídica, permitindo que se assegure a todo cidadão submetido à persecução penal no vasto território nacional um mesmo tratamento, em plena consonância com o direito constitucional da isonomia. Todavia, como forma de evitar os equívocos ora criticados, o aproveitamento dessas experiências passará por um juízo prévio de adequação e pertinência para com o sistema normativo brasileiro.

Dito de outro modo, ao invés de se ver envolto com a eclosão de precedentes em sentidos completamente opostos até que, ao final de uma série infundável de julgamentos, atinja-se uma pacificação jurisprudencial acerca dos problemas práticos que derivam da cadeia de custódia, os operadores do direito podem antecipar esse momento de consolidação, por meio da adoção de entendimentos já sedimentados nos países que inspiraram o legislador pátrio.

Vale dizer: além do ganho em segurança jurídica, valor que, repita-se, consagra a isonomia, essencial para o devido processo legal, a proposta formulada tem o condão de afastar construções de determinados setores da doutrina brasileira que, ao que tudo indica, buscam transmutar a natureza da cadeia de custódia de instituto de fomento aos direitos individuais para instrumento de promoção da impunidade. Decerto, causa forte preocupação a interpretação que determinados doutrinadores nacionais buscam emplacar no que tange às diversas nuances que derivam da aplicação prática da cadeia de custódia, a qual, em descompasso com os entendimentos jurisprudenciais firmados nos ordenamentos jurídicos tidos como modelo, visa, por meio da conferência de ares complexos a questões às vezes singelas, fazer com que a cadeia de custódia seja reduzida a um mecanismo de forja de nulidades de algibeira.

Destarte, passar-se-á a delinear os principais contornos conferidos pela jurisprudência estrangeira, especialmente a norte-americana, aos problemas práticos que envolvem a cadeia de custódia, com especial foco naquela que configura a questão que mais aflige a doutrina nacional atualmente: a sua quebra. Em seguida, ante a sedimentação desses conceitos, será demonstrado como alguns autores brasileiros se alijaram diametralmente desse tratamento jurídico, por meio do levantamento de argumentos incapazes de suplantar as conclusões exaradas pelos tribunais de referência. Por fim, mostrar-se-á que, felizmente, há setores da doutrina

nacional perfilham entendimentos que consagram a cadeia de custódia pelo que ela verdadeiramente é: um instrumento de tutela de direitos fundamentais.

DO OBJETO DA CADEIA DE CUSTÓDIA

Antes de avançar na problemática, é imprescindível um *disclaimer*: no Brasil (e também nos EUA, em menor proporção), nem toda prova (ou mesmo fonte de prova) tem seu registro histórico submetido à cadeia de custódia. E isso, no ordenamento pátrio, por expressa disposição legal e, mais ainda, pelas características de nosso sistema processual – bastante diferente daqueles de tradição anglófila.

A ressalva preliminar é importante porque parcela significativa de regulamentações procedimentais, já em processo de automação, pretende submeter absolutamente tudo que for apreendido (notadamente documentos) em diligências policiais ao regime da cadeia de custódia⁷, o que, *data vênia*, deriva de premissas equivocadas.

Numa interpretação sistemática, favorecida pela posição topográfica da regulamentação da cadeia de custódia (capítulo II - do exame de corpo de delito, da cadeia de custódia e das perícias em geral) e pela redação dos artigos 158-A, p. 2o, 158-B, 158-C, 158-D, 158-E e 158-F CPP, é possível dizer que vestígio é “*elemento de potencial interesse para a produção de prova pericial*” (a expressão é usada como sinônimo de vestígio pela lei, inclusive), ou, em outras palavras, vestígio é aquilo que pode ser objeto de prova técnica. E só. E há muita lógica nisso, quando se pensa em como se “monta um processo” no Brasil. As provas a serem conhecidas diretamente pelo juiz (como as documentais, por exemplo) são inseridas nos autos e, assim, submetem-se aos registros gerais de andamento procedimental. Em relação às provas periciais, todavia, são juntados apenas os laudos ou relatórios, permanecendo o objeto do exame acautelado (quando não restituído ou descartado), sem, até então, regulamentação que garantisse a autenticidade e higidez da fonte da prova (e não da prova em si), bem como se permitisse acesso às informações sobre forma e responsáveis por citado acautelamento ou outras providências.

Sobre o ponto, Eugênio Pacelli de Oliveira, atentando para a redação conferida pelo legislador brasileiro aos artigos 158-A e seguintes do CPP, tratou do tema cadeia de custódia no capítulo de sua obra destinado

⁷ O exemplo é pertinente, mas cabe de plano destacar que a cadeia de custódia de vestígios digitais, por envolver pressupostos fáticos específicos, não constitui objeto deste trabalho.

às provas periciais. A mesma peculiaridade não passou despercebida por Nereu José Giacomolli e Maria Eduarda Azambuja Amaral, os quais asseveram que a legislação positivada pátria trabalha a questão da cadeia custódia exclusivamente no bojo das provas que serão objeto de perícia e, mais ainda, apenas para aquelas encontradas na cena do crime ou junto à vítima⁸. De fato, o texto legal (art. 158-A, CPP) baliza de forma inequívoca as situações ou locais de coleta de vestígios que devem ter sua história cronológica documentada via cadeia de custódia: “*locais ou em vítimas de crimes*”.

Talvez a legislação brasileira não precisasse ser tão detalhista em seus artigos 158-A a 158-F, pois permitiria que determinados procedimentos de coleta de evidência fossem tratados por meio de atos administrativos regulamentares, mais adequados, por sua natureza, a seguir os avanços da ciência. O Anteprojeto de Código de Processo Penal (Projeto de Lei nº 8045/2010), que trata de construir apenas uma espinha dorsal para o instituto em seus artigos 169-A a 169-C, parece tratar a cadeia de custódia de forma mais adequada. No entanto, o Poder Legislativo, representante do povo, optou por realizar um corte metodológico e exigir a preservação da cadeia de custódia, com exclusividade, para aqueles vestígios coletados na cena do crime (ou com a vítima) e que devam ser objeto de perícia. Nos termos estritos da lei, pois, a falha da documentação que detalha o histórico cronológico do vestígio somente seria juridicamente relevante e acarretaria a eventual nulidade da prova nas hipóteses de evidências apreendidas em uma cena de crime ou junto à vítima e que devam ser periciadas.

Contudo, como dito acima, essa opção do legislador brasileiro, por um lado, mostra-se compatível com o *civil law*. Afinal, devido à natureza eminentemente cartorária da nossa tradição jurídica, elementos de prova apresentados pelos sujeitos processuais são, em regra, juntados aos autos, não ofertados à parte contrária em audiência. Assim, como bem percebido por Gustavo Badaró, documentos sobre os quais não incide qualquer interesse pericial, por não haver discussão acerca da sua fidedignidade, não deverão ser encaminhados à central de custódia na companhia do formulário correlato, mas tão-somente juntados aos autos⁹. Nesse ponto, andou bem o legislador, pois essa escolha atende à tradição jurídica nacional e nenhum prejuízo causa ao acusado.

Finalmente, seria de bom grado que o Estado, no exercício da função persecutória, preservasse a cadeia de custódia quanto a vestígios (tecnicamente caracterizados enquanto tais) obtidos em locais diversos da cena do crime

ou com a vítima, mas que, não obstante, ostentassem inexorável interesse criminalístico, a exemplo de uma possível arma do crime encontrada em um domicílio de investigado no qual se cumpre um mandado de busca e apreensão. A documentação do histórico cronológico da evidência periciável obtida em tal cenário maximiza a garantia do contraditório e, por essa razão, recomenda-se seja mantida pela polícia judiciária ou pelo Ministério Público, ainda que a lei não lhes obrigue.

Ainda, o §3º do art. 158-A expressamente dispõe que o vestígio “*é todo objeto ou material bruto, visível ou latente, constatado ou recolhido, que se relaciona à infração penal*”. O vestígio, portanto, guarda relação direta com a infração, não com a eventual prova dessa infração ou, em outras palavras: o que não é objeto de prova, mas prova em si, não é vestígio, ainda que, sob certas circunstâncias, possa ser objeto de perícia (destinada a comprovar a autenticidade da prova e não a autoria ou materialidade do crime). Assim é que uma filmagem¹⁰ da execução de um crime à distância e uma carta confessional encontrada na casa do autor não constituem vestígios e, portanto, muito embora devam ser apreendidas (e tal apreensão documentada), não estão obrigatoriamente sujeitas ao regime da cadeia de custódia. Ainda que a práxis, de forma absolutamente irrefletida, tenda a entender o contrário.

Não se submete, portanto, ao regramento da cadeia de custódia: 1) aquilo que não é vestígio, “*objeto ou material bruto, visível ou latente, constatado ou recolhido, que se relaciona à infração penal*” e que se caracteriza como “*elemento de potencial interesse para a produção de prova pericial*”; 2) os vestígios que não sejam coletados em locais ou em vítimas de crimes (embora, neste caso, seja recomendável, quando possível, o registro da cadeia); 3) as provas que possam ser diretamente encartadas nos autos processuais, seguindo o destino destes; 4) as provas (especialmente não documentais) diretas da infração, ainda que possam ser objeto de perícia para aferir sua autenticidade.

Antecipando o estudo do direito comparado, a questão de perquirir se a prova da cadeia de custódia constituirá um imperativo em todos os casos levados ao conhecimento dos tribunais não passou despercebida da jurisprudência estadunidense que, no ponto, reconhece alguns vestígios que não precisam se submeter à cadeia de custódia e, conseqüentemente, à sua prova, sem que isso importe em lesão ao devido processo legal. O raciocínio que pauta essa conclusão se baseia nas

⁸ Vide *United States v. Blue*, caso julgado pelo Tribunal Federal do 7º Circuito em 1971.

⁹ *Gardner v. State*, julgado em 1988.

¹⁰ *Harris v. State*, julgado em 1995.

próprias finalidades da cadeia de custódia. Conforme asseverado, a cadeia de custódia serve a dois propósitos: demonstrar que um objeto representa aquilo que se alega e que manteve as suas características probatórias durante o período oportuno. Os Tribunais, pois, entendem que, naquelas situações em que o interesse probatório do objeto se resume à sua mera identificação, a cadeia de custódia será dispensada sempre que o item puder ser imediatamente reconhecível¹¹.

Um objeto que possua número de série ou algum detalhe distintivo notável já propicia elementos suficientes para a certeza de sua identificação. Logo, uma vez que a relevância do item esteja restrita exclusivamente ao seu mero reconhecimento, ao Estado-acusação não será imposto o ônus de provar a cadeia de custódia sempre que esse objeto possa ser prontamente identificável. Assim entendeu a Suprema Corte do Arkansas, por exemplo, ao admitir em juízo a apresentação de um conjunto de joias que, uma vez subtraídas e recuperadas, foram devidamente reconhecidas durante o julgamento pela vítima¹². Naquela oportunidade, afirmou o Tribunal que o item infungível sujeito a uma identificação judicial positiva prescinde de uma cadeia de custódia conclusiva, como ocorre nas hipóteses de bens intercambiáveis. De igual modo, ao se debruçar sobre o caso *Harris v. State*, aquela mesma Corte assentou que a identificação de suas roupas pela própria ofendida afastava discussões acerca da regularidade da cadeia de custódia¹³.

Note-se que, aqui não se está a falar em uma quebra da cadeia de custódia propriamente dita. Afinal, a quebra da cadeia de custódia parte do pressuposto de que a formalização da história cronológica do vestígio constituiria uma obrigação legal. As situações acima expostas não se encaixam neste cenário, uma vez que, em se tratando de bens imediatamente identificáveis, cujo interesse criminalístico recaia, exclusivamente, sobre o seu reconhecimento, outros meios de prova podem substituir a cadeia de custódia e assegurar que não se introduza no processo uma evidência não autêntica. Logo, se a cadeia de custódia não é exigida, não há que se falar em sua prova – e muito menos em sua quebra.

A CADEIA DE CUSTÓDIA NA JURISPRUDÊNCIA NORTE-AMERICANA

Conforme adiantado alhures, o ordenamento jurídico norte-americano representou a grande fonte de inspiração do legislador brasileiro no que toca à normatização expressa e pormenorizada da cadeia de custódia no Código de Processo Penal. Por essa razão, é nos Estados Unidos da América que devem ser focados os esforços de identificação das formas de solução de questões jurídicas problemáticas inerentes à aplicação da cadeia de custódia.

Contudo, não se trata de tarefa fácil. De plano porque, por se tratar de um país de tradição jurídica anglo-saxã, parte significativa das normas que orientam a aplicação do instituto em comento não possuem previsão legal, mas derivam de uma consolidação de precedentes em um determinado sentido. Ou seja, por mais que a legislação federal americana ostente alguns dispositivos que normatizam a cadeia de custódia – como se verá adiante –, é nos precedentes jurisprudenciais que se deve procurar a maioria das soluções almejadas.

Se as respostas desejadas se encontram nos tribunais, é imprescindível que se faça um corte metodológico, ou seja, deve-se definir qual ou quais cortes serão o foco da pesquisa. O impulso inicial, por certo, seria centralizar a pesquisa na Suprema Corte Americana, porquanto se trata da mais alta instância do país e cujas decisões possuem validade e eficácia em todo o território estadunidense. Todavia, essa alternativa não se revela a mais profícua. Afinal, tanto nos EUA como no Brasil (aliás, mais lá do que cá), a Suprema Corte exerce o papel de Tribunal Constitucional. Desse modo, apenas questões de direito, não de fato, constituem objeto de deliberação por parte daquela corte. Tal realidade acaba por afastar o interesse jurídico na captação de precedentes da Suprema Corte Americana, uma vez que um dos principais escopos deste trabalho está relacionado a aproveitar a experiência jurisprudencial alienígena diante do enfrentamento de problemas concretos relacionados à cadeia de custódia.

Para além, não se pode perder de vista que os Estados Unidos, ao contrário do Brasil, por razões históricas, organizaram-se como uma efetiva federação. Os estados-membros detêm autonomia para legislar sobre as mais variadas matérias, inclusive sobre processo penal, não ostentando mera competência legislativa subsidiária, como ocorre no ordenamento jurídico pátrio. Assim, por mais que, em nível federal, exista uma normatização mínima da cadeia de custódia, tal não se aplica de maneira idêntica a todos os estados integrantes

11 CHOI, Stephen J. GULATI, Mitu. POSNER, Eric A. Which States Have the Best (and Worst) High Courts? *John M. Olin Program in Law and Economics Working Paper Series*, n. 405, mai. 2008.

12 Conferiu-se preferência à importância do julgado do que à sua contemporaneidade. Consequentemente, verificar-se-á uma maior menção a precedentes antigos, que funcionaram como verdadeiros *leading cases*, do que a arestos mais atuais.

13 A título exemplificativo, vide o precedente *United States v. White*, de 1978, de lavra do Tribunal Federal do 5º Circuito.

da Federação, os quais ostentam a prerrogativa de legislar de modo diverso. Significa, na prática, dizer que não se pode colher atabalhoadamente precedentes de toda e qualquer corte estadual, sob pena de se comparar julgados exarados a partir de normativas processuais penais diversas.

Logo, o corte metodológico ideal está em trabalhar, preferencialmente, com julgamentos exarados por tribunais federais, dada a uniformidade da legislação base, e de uma ou outra corte estadual específica. A questão, agora, reside em selecionar um critério de escolha desse tribunal estadual principal que não se revele exclusivamente subjetivista ou utilitário. Neste sentido, optou-se por eleger a corte estadual reputada como aquela que profere decisões de reconhecida qualidade dentre os tribunais americanos de mesma envergadura. Apesar de uma ferrenha disputa com o tribunal californiano, diversos estudos acadêmicos apontam a Suprema Corte do Arkansas como aquela que entrega a melhor prestação jurisdicional dos Estados Unidos¹⁴, razão pela qual a sua jurisprudência será utilizada como base referencial principal para o enfrentamento dos problemas intrínsecos a aplicação prática da cadeia de custódia.

Não se está, frise-se, a excluir todo e qualquer outro precedente inerente à cadeia de custódia do âmbito referencial deste trabalho. Decerto, haverá menção a julgados da Suprema Corte Norte Americana ou de alguma outra corte estadual estadunidense. Afinal, não se pode deixar de trazer à baila precedentes que, dada sua relevância fática, histórica¹⁵ ou jurídica, ou mesmo diante de seu caráter didático, não encontram referencial exato em julgados dos tribunais escolhidos por razões metodológicas. O que deve ficar claro é que o foco deste estudo recairá como regra, por tudo que foi dito, na jurisprudência dos tribunais federais e da Suprema Corte Estadual do Arkansas. Isto posto, passe-se a enfrentar algumas das questões mais aflitivas que revolvem o tratamento da cadeia de custódia, conforme o entendimento jurisprudencial norte-americano.

Por questões lógicas, deve-se iniciar pela tormentosa questão relativa ao momento no qual deva se iniciar o procedimento de formalização da cadeia de custódia, algo de suma importância nas hipóteses em que o encontro da evidência se dá por particulares. Sobre o tema, paira uma certa divergência em nível jurisprudencial. Há julgados que batem pela necessidade de preservação da cadeia de custódia a partir da apreensão do vestígio, independentemente da custódia estatal¹⁶. Todavia, tal

entendimento, além de minoritário, não parece o mais correto. Seria fantasioso imaginar que um particular, que acidentalmente se deparou com algum objeto de interesse criminalístico, iria agir como um perito, isolar o local da apreensão e preencher um formulário técnico apontando as condições de hora e lugar em que se deu o encontro do vestígio. A cadeia de custódia, lembre-se, visa provar que o objeto apresentado é aquilo que se alega ser, bem como que ele manteve suficientemente incólumes suas características probatórias. O instituto, porém, não pode se sobrepor à realidade. As regras de experiência mostram que um particular, ao se deparar com qualquer elemento que possa, por inferência e senso comum, aparentar interesse criminalístico, como uma arma, vestes sujas de sangue, objetos de valor abandonados (*res furtiva*), dentre outros, tende a levar o vestígio até a autoridade policial. Não sem razão, acredita-se que o início da cadeia de custódia se dá com o assenhoreamento do vestígio pelo Estado. Eventuais questionamentos relacionados à guarda do objeto de interesse probatório pelo particular influenciarão no sopesamento da prova pelo julgador, não em sua admissibilidade. Quanto menor o tempo decorrido entre a apreensão e a entrega na polícia, quanto menos efêmeros os vestígios ou mais crível a versão do particular, maior o valor probatório que deverá ser conferido àquele elemento.

Ao agasalhar esse último entendimento, a Suprema Corte do Estado de Indiana, no julgamento dos casos *Zupp v. State* (1972) e *Williams v. State* (1978), aduziu que ao Estado não pode ser imposto o ônus de se responsabilizar pela custódia de objetos que ainda não se encontram em sua posse. Em *Thornton v. State* (1978), aquele mesmo tribunal replicou o referido entendimento, desta feita por analogia, a uma situação na qual um item de interesse criminalístico fora descoberto nas imediações da cena do crime somente após o decurso de um significativo espaço de tempo. Em todas as situações, a possibilidade de que algo tenha alterado a autenticidade ou a integridade da prova será fator a influenciar o peso conferido àquela evidência, não à sua admissibilidade. Não se pode sancionar os agentes públicos imbuídos da persecução penal com a retirada de uma prova do caso sem que eles tenham incorrido em qualquer ilegalidade.

No Brasil, a regulamentação da cadeia de custódia favorece o acolhimento desse entendimento. Com efeito, malgrado o p. 1o do art. 158-A disponha que o início da cadeia de custódia dá-se com a preservação do local de crime, sabe-se que essa preservação compete aos órgãos policiais, por força do art. 6o, I, CPP. Esse entendimento não

14 O caso *State v. Conley*, julgado pela Corte de Apelações de Ohio em 1971, trata do tema detalhadamente.

15 Positivada, em nível federal, na *Rule 1002*.

16 Vide *United States v. Workinger* (1996), julgamento levado a cabo pelo Tribunal Federal do 9º Circuito.

escapa da leitura completa do dispositivo que estabelece como alternativa à preservação “procedimentos policiais ou periciais nos quais seja detectada a existência de vestígio”, procedimentos estes que, naturalmente, nos casos de vestígios coletados por particulares, terão início quando tais vestígios forem entregues aos órgãos policiais que farão os procedimentos pertinentes a caracterizá-los enquanto tais. Em complemento, o p. 2º do art. 158-A, CPP determina responsabilidade do agente público à vista do reconhecimento de um “*elemento como de potencial interesse para a produção da prova pericial*”, do que se extrai, *a contrario sensu*, que o particular não está obrigado a agir da mesma forma.

Se a cadeia de custódia se inicia, repita-se, apesar de alguma divergência, com a posse do objeto pelos órgãos estatais imbuídos da persecução penal, deve-se perquirir, como consectário lógico desse raciocínio, qual o seu termo final. Aqui, a jurisprudência não vacila e aponta que o momento derradeiro da cadeia de custódia dependerá, invariavelmente, do propósito da evidência. Se o propósito da manutenção da cadeia de custódia daquela evidência se relaciona apenas ao reconhecimento em juízo do próprio vestígio, esse será o termo final da cadeia de custódia. Seria o caso, por exemplo, das vestes utilizadas pelo suspeito de cometimento de um delito, uma vez apresentadas para reconhecimento em audiência. Lado outro, se o interesse criminalístico da evidência recair sobre as suas propriedades probatórias, então a análise pericial configurará esse termo final, como ocorre, a título ilustrativo, com os casos de moeda falsa¹⁷.

Sérios problemas advêm daquelas situações em que a evidência acaba destruída ao longo do trâmite da persecução, algo que pode ocorrer até como uma consequência do procedimento de avaliação pericial. Isso porque, em tese, tal circunstância poderia, ainda que em um grau reduzido, violar a garantia do contraditório, ao impedir que o réu viesse a contestar, diretamente, o conteúdo ou a substância daquela evidência. No entanto, a jurisprudência norte-americana, ao se debruçar seguidamente sobre essa questão, passou a adotar, com o escopo de solucionar a celeuma, uma prática que lembra a *best evidence rule*¹⁸. De acordo com essa normativa, é dado à parte apresentar ao Tribunal uma evidência de natureza secundária, desde que exista uma razão válida para a impossibilidade de oferta da original. Assim, mostra-se perfeitamente cabível a admissão de um testemunho ou transcrição como substitutivo de escritos, fotografias ou gravações, naqueles cenários

em que se revela inviável a apresentação do elemento de prova original¹⁹. Destarte, dentro dessa lógica, um laudo pericial acrescido da prova testemunhal se mostra suficiente para demonstrar que a droga testada em laboratório correspondia àquela colhida na cena do crime, independentemente de sua apresentação física em juízo²⁰, sendo certo que o descarte antecipado da prova não acarretará qualquer tipo de consequência jurídico-processual. Esse entendimento parece integralmente pertinente para com os ditames do processo penal brasileiro, bastando que, após a evidência esgotar sua utilidade, seja formalizado judicialmente o pedido de descarte. (art. 158-B, X, do CPP).

Neste momento, chega-se à questão mais tormentosa envolvendo a cadeia de custódia, qual seja a sua quebra. Curioso como há uma proliferação de produção doutrinária no Brasil acerca do tema em um cenário em que poucos autores se aventuram a proceder à sua definição. De todo modo, possuindo como ponto de partida o conceito legal de cadeia de custódia, entende-se a sua quebra como a falha do Estado em demonstrar a regular posse da evidência em um determinado momento, desde a sua apreensão até a sua disposição final.

Pois bem, conforme já implicitamente adiantado alhures, em uma análise *a contrario sensu* da jurisprudência norte-americana, pode-se cravar que a cadeia de custódia será relevante, como regra, nos casos envolvendo vestígios que possam ser classificados como bens fungíveis, em elementos sujeitos a análises laboratoriais ou periciais em geral e naquelas provas nas quais a condição do objeto se afigura relevante. Nesses cenários, a prova da cadeia de custódia se mostrará essencial para demonstrar a verdadeira identidade do item ou sua condição inalterada. Daí o perigo representado por eventual quebra da cadeia de custódia, expressão que, repita-se, expressa uma falha, um defeito em algum elo encadeado na cronologia do vestígio.

Como igualmente arriscado se configura o desprezo de uma prova lúdima por um mero defeito de formalização, vislumbra-se, de plano, a relevância da análise das consequências da quebra de cadeia de custódia. Ou, posto de maneira direta, sem rodeios, importante perquirir qual a decorrência da quebra da cadeia de custódia para o processo penal.

17 *States v. Bailey*, 1960, julgado pelo Tribunal Federal do 7º Circuito.

18 *Trantham v. State*, caso pelo julgado pela Corte de Apelações de Oklahoma em 1973.

19 *States v. Williams*, caso pelo julgado pelo Tribunal Federal do 1º Circuito em 1986.

20 Em *United States v. Lampson*, caso julgado pelo Tribunal Federal do 7º Circuito em 1980, a Corte entendeu que um policial responsável, tão e unicamente, pelo transporte da evidência, não precisaria testemunhar para fins de provar a rastreabilidade do vestígio, situação essa que encontra paralelo com a de recepcionistas de delegacias e outros órgãos públicos no Brasil.

Nos Estados Unidos da América, em virtude de décadas de enfrentamento da matéria, essa questão já constitui objeto de consenso. As linhas gerais que revolvem a celeuma se encontram bem demarcadas pela jurisprudência. Sucintamente, a mera quebra da cadeia de custódia não implica a inadmissibilidade automática da prova. Pelo contrário, são muitas as balizas que precisam ser ultrapassadas para que tal fenômeno, de natureza excepcional, ocorra.

A primeira dessas balizas perpassa pelo entendimento do que, ou melhor, de quem são os verdadeiros elos da cadeia de custódia. O conceito de elo, aliás, denota a magnitude da influência da *common law* no instituto da cadeia de custódia, pois, nos países de matiz jurídica anglo-saxã, emprega-se a expressão *chain of custody* (ou corrente de custódia, em tradução literal) para se referir ao instituto em comento. De todo modo, fato é que, conforme o tratamento jurídico conferido pelos norte-americanos à matéria, pessoas responsáveis pelo simples transporte ou repasse da evidência representam elos menores e não integram propriamente a cadeia de custódia para fins de rastreabilidade da prova. Tal entendimento encontra perfeita correspondência no ordenamento jurídico brasileiro, mormente no art. 1196 do Código Civil. Os meros detentores da evidência, como um carteiro²¹, um assistente de laboratório²² ou um recepcionista²³, não serão considerados juridicamente elos da cadeia de custódia. Deve-se, em um raciocínio inverso, reputar como elos efetivos da cadeia apenas aqueles que agem como se fossem efetivas possuidoras do vestígio, a exemplo de policiais, peritos e integrantes do sistema de justiça.

Assim, desde já, extrai-se uma primeira conclusão, qual seja a de que nem todas as pessoas que entram em contato com a evidência integram efetivamente a *chain of custody*. Elos menores, os meros detentores da evidência, não integram a cadeia de custódia para quaisquer fins de Direito. Logo, a ausência de indicação da detenção da evidência por um elo menor não implica em quebra de cadeia de custódia, porquanto essas pessoas não a integram verdadeiramente. Ainda nesse mesmo contexto, deve-se frisar que a jurisprudência norte-americana, com acerto, assevera que a simples

possibilidade de acesso de terceiros à evidência não torna essas pessoas integrantes da cadeia de custódia²⁴. Deveras, seria absurdo exigir que um faxineiro, que varre a central de custódia, fosse obrigado a formalizar sua presença no cômodo sempre que lá entrasse para exercer seu ofício. Ou seja, a potencialidade de acesso à evidência não altera a formalização dos elos da cadeia de custódia nem, por óbvio, dá ensejo à sua quebra. Apenas o possuidor, sob cuja responsabilidade direta o bem se encontra, ao agir em nome do Estado, pode ser reputado como elo da cadeia de custódia. Logo, repise-se, apenas haverá uma quebra da cadeia de custódia se vier a se mostrar impossível ao Estado prestar contas sobre a posse exercida por esse elo efetivo sobre a evidência.

Antes de passar para a próxima baliza, frise-se que o controle da cadeia de custódia nos EUA e no Brasil ostenta contornos diferentes, muito em virtude da tradição jurídica de cada país. Nos Estados Unidos da América, no qual vige o sistema jurídico do *common law*, ainda que temperado, há uma forte tradição de oralidade no Direito. Consequentemente, assim como os debates entre acusação e defesa ocorrem oralmente (no contexto de um processo verdadeiramente adversarial), o mesmo se verifica quanto à apresentação de provas em juízo. Significa dizer que, lá, a prova da cadeia de custódia possui natureza eminentemente oral, de modo que, regra geral, ela se materializa por meio de testemunhos em juízo daqueles que atuaram como elos efetivos da cadeia²⁵. No Brasil, entretanto, a matriz jurídica nacional encontra raízes na *civil law* e, por conseguinte, prevalece uma tradição escrita e cartorial nos processos. Não por outra razão, a cadeia de custódia no Brasil, nos termos do nosso Código de Processo Penal, mais precisamente conforme dicção do art. 158-E, deverá ser provada, precipuamente, pela forma documental. Essa advertência se faz necessária para que não cause espanto a constatação de que, em alguns dos precedentes jurisprudenciais norte-americanos citados (e ainda por citar), vincula-se a quebra da cadeia de custódia à ausência do depoimento de alguém que, conforme o encadeamento de testemunhos, constituíra um dos elos efetivos da corrente. Portanto, imperativo que se faça a devida adaptação hermenêutica para, trazendo a razão de decidir dos precedentes norte-americanos para o Brasil, conclua-se que, no nosso ordenamento jurídico, a falha na cadeia de custódia será

21 Veja-se: *Gallego v. United States*, julgamento prolatado pelo Tribunal Federal do 9º Círculo, em 1960; *United States v. Fletcher*, julgamento prolatado pelo Tribunal Federal do 5º Círculo, em 1973; *Reyes v. United States*, julgamento prolatado pelo Tribunal Federal do 9º Circuito, em 1967.

22 Assim asseverou a Suprema Corte dos EUA no julgamento do caso *Melendez-Diaz v. Massachusetts*, julgado em 2009.

23 Em *Wilson v. State* (1982), a Suprema Corte do Arkansas consignou, expressamente, que, para provar a autenticidade da evidência, o Estado deveria demonstrar uma probabilidade razoável de que a evidência não teria sido alterada de uma maneira significativa.

24 (a) *IN GENERAL. To satisfy the requirement of authenticating or identifying an item of evidence, the proponent must produce evidence sufficient to support a finding that the item is what the proponent claims it is.*

25 Vide *White v. State*, julgado pela Suprema Corte do Arkansas em 1986.

constatada a partir de um defeito de encadeamento no documento que formaliza o caminho da evidência, a partir de sua apreensão até ter esgotado a sua finalidade.

A segunda baliza posta pela jurisprudência norte-americana para tratamento da questão relativa à quebra da cadeia de custódia reside na constatação de que esse fenômeno admite uma gradação. Tradicionalmente, vigia nos Estados Unidos, em nível jurisprudencial, a ideia de que a cadeia de custódia não precisava ser perfeita, mas deveria tão-somente assegurar uma probabilidade razoável quanto à identidade e condição do vestígio²⁶. O *standart* probatório imposto ao Estado limitava-se, repita-se, à demonstração de uma mera probabilidade razoável de mesmidade. Ocorre que, em sua redação atual, a *Federal Rule of Evidence* 901 (a)²⁷ estabeleceu expressamente que, para satisfazer a exigência de autenticação e identificação de um item de evidência, o proponente deve produzir prova suficiente a sustentar que o objeto é aquilo que o proponente alega ser. Conquanto um juízo de perfeição jamais tenha sido objeto de exigência, pode-se afirmar que, paulatinamente, o *standard* de probabilidade razoável passou, com fundamento na lei, para um mero juízo de suficiência da cadeia de custódia²⁸.

Perceba-se, então, que o ônus relativo à transparência e confiabilidade da prova, que recai sobre quem oferece a evidência, é de mera suficiência, e nada mais. Basta que se afigure mais provável que improvável que um determinado item de prova seja legítimo e conservado para que haja a sua admissão em juízo. A falha da cadeia de custódia pode se verificar e, mesmo assim, a prova deverá ser aceita em juízo, desde que ela se revele suficiente para atender às finalidades a que se propõe. A única influência exercida pela quebra da cadeia de custódia no processo penal, como regra, abarcará o peso probatório conferido ao vestígio admitido quando do julgamento, uma vez que o juiz possui discricionariedade

para admitir a prova a despeito da verificação de falhas na corrente²⁹.

Oferecendo uma resposta concreta à questão posta alhures com as palavras do Tribunal Federal do 5º Circuito, a quebra da cadeia de custódia não deverá influenciar em sua admissibilidade em juízo, mas apenas no peso probatório da evidência³⁰. Dito de outro modo, vige atualmente o postulado segundo o qual a dúvida será dirimida pela aceitação da prova. Nota-se que, partindo da redação atual da *Federal Rule of Evidence* 901(a), a jurisprudência flexibilizou ainda mais o seu entendimento tradicional, o qual passou de uma exigência de probabilidade razoável de mesmidade³¹ como critério para admissibilidade da prova para um *standard* de simples suficiência. Na prática, admite-se a prova mesmo que haja pequenas discrepâncias na cadeia de custódia documental, como data³², peso³³, numeração³⁴ ou etiquetamento³⁵ incorretos. Prevalece, a partir de uma interpretação da regra federal supracitada, em favor da acusação, uma presunção de regularidade da prova apresentada. A Suprema Corte do Arkansas, ao agasalhar essa máxima vem reiteradamente afirmando que o juiz da causa possui discricionariedade para aceitar a prova e que somente a presença de indicativos de adulteração da evidência justifica a reforma da decisão que admitiu a sua apresentação em juízo³⁶.

Ainda seguindo esse mesmo raciocínio, a jurisprudência estadunidense, reconhecendo que pesa em favor do Estado-acusação uma presunção de regularidade da prova, e atestando que a evidência deve ser aceita após perpassar por um *standart* de mera suficiência, vem aceitando a substituição de elos faltantes da cadeia de custódia por outros secundários, ainda que se tratando de bens infugíveis, nos quais, como asseverado alhures, há um maior rigor no exame

26 Vide *Hubbard v. State*, julgado pela Suprema Corte do Arkansas em 1991.

27 *Ballou v. Henri Studios*, Tribunal Federal do 5º Circuito, 1981. *United States v. Shaw*, Tribunal Federal do 5º Circuito, 1991.

28 Expressão largamente empregada pela Suprema Corte da Espanha – vide STS 798/2013, de 5 de novembro de 2013 – para se referir à exigência de autenticidade do vestígio.

29 Vide *United States v. Barcella*, caso julgado pelo Tribunal Federal do 1º Circuito em 1970.

30 Vide *United States v. Godoy*, caso julgado pelo Tribunal Federal do 9º Circuito em 1975.

31 Vide *United States v. Hon*, caso julgado pelo Tribunal Federal do 2º Circuito em 1990.

32 Vide *United States v. Allocco*, caso julgado pelo Tribunal Federal do 2º Circuito em 1956.

33 Vide *Gomez v. State* (1991) e *Holbird v. State* (1990).

34 Exemplificativamente, o Tribunal Federal do 3º Circuito, ao examinar o caso *United States v. Jones* (1975), estatuiu que o depoimento de um policial infiltrado poderia substituir o do informante que, diretamente, havia adquirido drogas das mãos do réu.

35 PRADO, Geraldo. *Prova penal e sistema de controles epistêmicos: a quebra da cadeia de custódia obtida por métodos ocultos*. - 1. ed. - São Paulo : Marcial Pons, 2014, p. 92.

36 Deixar-se-á de discorrer sobre esses dois primeiros pontos, tendo em vista que, quando da apresentação do tratamento jurídico a eles conferido pela jurisprudência norte-americana, as razões de seu desacerto já constituíram objeto de divagação.

da corrente³⁷.

Ao examinar o caso *Lee v. State* (1996), a Suprema Corte do Arkansas prolatou um julgamento que resume todas as linhas argumentativas acima expostas. Naquela ocasião, enfrentou-se uma situação na qual a defesa questionava a quebra da cadeia de custódia na preservação de uma amostra de sangue obtida no contexto de um crime de estupro. A defesa técnica se insurgia contra a admissibilidade do vestígio, sob o argumento de que muitas pessoas, em tese, teriam acesso àquela amostra, algo que teria o condão potencial de adulterá-la. Aquele Tribunal, então, inicialmente, cravou que a amostra de sangue, por se tratar de um bem infungível (chamado, em tradução literal, de item substituível), exige uma cadeia de custódia mais conclusiva que objetos suscetíveis a uma pronta identificação. Todavia, cravou-se que não se permite impor sobre o Estado a obrigação de eliminar toda e qualquer possibilidade de adulteração, ao que se acrescentou que a mera possibilidade de acesso de pessoas ao material não se afigura como causa suficiente a colocar em xeque os resultados da perícia. A inadmissibilidade da prova depende da demonstração de indícios de adulteração, ônus que recai sobre quem alega.

A retirada de uma prova do processo por violação à cadeia de custódia implica, diante de tudo o que se expôs, uma medida de natureza excepcional. Para ilustrar o quão deficiente deve ser uma cadeia de custódia para ser reputada insuficiente, veja-se o interessante caso *State v. Pulley*, de grande repercussão, analisado pela Suprema Corte da Carolina do Sul em 2018. Naquela oportunidade, o Tribunal concluiu que a prova contestada – uma determinada quantia de droga – deveria ser reputada como inadmissível, porquanto: a) os objetos fungíveis exigem mais precisão da cadeia de custódia, que ela seja mais conclusiva, dada a própria natureza do vestígio; b) o policial que, de acordo com as câmeras de segurança, transportou a droga, cravou, em juízo, que não fora ele o responsável por aquela diligência; c) um segundo policial afirmou, em um momento inicial, que deixara a droga sobre o capô do veículo do primeiro. Todavia, ao ser reinquirido, disse que, pessoalmente, transportou a droga até a delegacia; d) não havia qualquer documentação assinada a identificar quem, efetivamente, teve a posse e transportou a droga da cena do crime até a Delegacia de Polícia. A confusão presente no caso era tamanha que, realmente, não se afigurava possível aduzir, com segurança, que a droga examinada pelos peritos era aquela retirada da cena do crime. Assim, diante da natureza fungível do vestígio, da confusão de testemunhos, da inexistência de documentos a revelar os

responsáveis pela posse das amostras e da presença de efetivo prejuízo ao réu pela falha, não restou alternativa ao Tribunal que não subverter a presunção de legitimidade da evidência para retirá-la do processo.

Concluindo, a quebra da cadeia de custódia, como regra, não acarretará a inadmissibilidade das provas arrecadadas. Com efeito, tendo em vista que vige a presunção de legitimidade das provas apresentadas pelo Estado-acusação e o postulado da suficiência da integridade da cadeia de custódia, eventuais deficiências na corrente somente influenciarão no peso atribuído à evidência pelo julgador. A exclusão das provas do processo por quebra da cadeia de custódia, pois, configura medida absolutamente excepcional, cujo ônus recai sobre quem alega e que perpassa por uma demonstração inequívoca de prejuízo.

Fixada a natureza excepcional da exclusão de provas por quebra da cadeia de custódia, resta saber qual o momento pertinente para a arguição desse defeito. Não obstante reconhecer reiteradamente a importância da cadeia de custódia para fins de garantia de um provimento jurisdicional de melhor qualidade, as cortes estadunidenses sustentam hodiernamente que a contestação à cadeia de custódia deve ser feita no momento da sua apresentação em juízo. Quaisquer objeções à regularidade da corrente formuladas após a oferta da prova em juízo serão reputadas extemporâneas e não serão conhecidas sequer em grau recursal. Com base nesse entendimento, a Corte Suprema do Arkansas denegou recursos interpostos nos casos *Pryor v. State* (1993) e *Dixon v. State* (1992), pois a defesa técnica, conquanto alegasse em sede recursal a existência de defeitos na cadeia de custódia, deixara de consignar sua irrisignação no momento em que a evidência fora apresentada em juízo.

De forma geral, esses são os contornos conferidos pela jurisprudência norte-americana ao instituto da *chain of custody*, que flagrantemente inspirou o legislador brasileiro responsável pela introdução, no CPP, dos artigos 158-A e seguintes. Merece aplausos a abordagem conferida pelos norte-americanos à matéria, pois ao mesmo tempo em que primam por garantir a mesmidade do vestígio, também se recordam que as formalidades inerentes à cadeia de custódia não constituem um fim em si próprias. Essa relevante experiência, construída a partir de décadas de exame de situações concretas, deveria ser trazida ao Brasil, tarefa que caberia, dada sua própria natureza, à doutrina pátria. Infelizmente, alguns setores doutrinários brasileiros, de maneira inexplicável, parecem querer fazer vistas grossas a esse entendimento equilibrado, lógico, refletido e de fácil aceção.

37 PRADO, Geraldo. *Prova penal e sistema de controles epistêmicos: a quebra da cadeia de custódia obtida por métodos ocultos*. - 1. ed. - São Paulo : Marcial Pons, 2014, p. 86.

DA CADEIA DE CUSTÓDIA COMO INSTRUMENTO DE IMPUNIDADE

Após analisar reiterada e profundamente a jurisprudência norte-americana, causa verdadeira espécie examinar o que parte da doutrina brasileira vem propondo no que tange à interpretação dos dispositivos legais que tratam da cadeia de custódia no país. Não há como fugir da sensação de que o Estado e as vítimas não possuem vez no Processo Penal, o qual passou, de instrumento de garantia do cidadão em face do poder punitivo estatal, a escudo para a ocultação de patifarias.

Neste contexto, com devida vênia ao eminente autor, mostra-se impraticável aderir às propostas ofertadas por Geraldo Prado, uma das maiores sumidades nacionais no assunto cadeia de custódia. Em obra exclusiva sobre o tema, bem como em artigos e palestras sobre a matéria, o renomado autor defende, sem maiores delongas, que a quebra da cadeia de custódia acarreta a inadmissibilidade da prova ofertada em juízo. Sustenta que a cadeia de custódia constituiria uma garantia processual de natureza constitucional e que, neste norte, a sua violação implicaria em lesão à norma que proíbe a produção de provas por meios ilícitos. A quebra da cadeia de custódia, assim, implicaria a impossibilidade de valoração da prova pelo julgador, funcionando, pois, como um critério de controle epistêmico dos provimentos jurisdicionais³⁸.

Dentre as ideias extraídas dos escritos do eminente autor, estão, também: a de que o marco inicial da cadeia de custódia reside em sua apreensão, mesmo na hipótese de encontro do vestígio por particulares; a de que todos os detentores do vestígio devam integrar a cadeia de custódia³⁹; a de que o instituto serve para evitar a prolação de decisões arbitrárias⁴⁰.

Em sentido similar, Aury Lopes Jr. e Alexandre Rosa, eminentes autores de avergurada nacional, advogam que toda e qualquer contaminação da cadeia de custódia afasta a validade das provas. Ambos arguem que a proibição do uso da prova como consequência de um defeito na cadeia de custódia deva produzir um efeito dissuasivo capaz de desestimular as agências repressivas a socorrerem-se de práticas ilegais para

obter punição. Neste contexto, batem pelo imperativo de diminuição do espaço de discricionariedade judicial por meio da exclusão das provas nas quais haja falha em um dos elos da corrente de custódia e louvam a decisão proferida pelo Superior Tribunal de Justiça no julgamento do HC n. 160.662/RJ, o qual adotou posicionamentos consentâneos com essa linha de pensamento.

Todavia, por mais respeito que mereçam os festejados doutrinadores, a ciência se constrói a partir de uma perspectiva dialética e, no ponto, impossível anuir para com o entendimento por eles desenvolvido. Posicionamento esse que, em suma, pode se traduzir como uma absolutização máxima, irrestrita e ilimitada da raiz cartorial brasileira, na apoteose jurídica da folha de papel. Afinal, a cadeia de custódia nada mais representa, de acordo com a própria definição legal do instituto, do que a documentação do histórico cronológico do vestígio. Uma *paper trail*, como gostam de dizer os norte-americanos. Portanto, afigura-se imprudente, para se dizer o mínimo, aceitar que a ausência de identificação do carteiro responsável pela entrega de um envelope lacrado contendo um vestígio no laboratório policial onde se realiza uma perícia possua o condão de nulificar o resultado da análise técnica que ali constatou a existência de evidências de interesse criminalístico, capazes de confirmar ou afastar suspeitas que pairam sobre um determinado cidadão submetido à persecução penal.

A bem dizer, com redobrada vênia, observa-se que a argumentação acima exposta peca por petição de princípio. Afinal, os autores citados iniciam o seu raciocínio a partir de uma premissa equivocada, porquanto inserem toda a problemática que envolve a cadeia de custódia no âmbito da inadmissibilidade das provas ilícitas. Algo que, seguramente, nenhuma relação possui com defeitos da corrente e que, por conseguinte, conduz a uma conclusão completamente desacertada.

Como ponto de partida para a crítica ora formulada, não se pode perder de vista que a Constituição Federal do Brasil prevê a inadmissibilidade das provas produzidas por meios ilícitos. Note-se que o próprio legislador constitucional salientou que nem toda violação a uma norma jurídica implicará na inadmissibilidade da prova, mas tão somente aquelas práticas ilegais relativas à maneira de sua obtenção. A noção de prova obtida por meio ilícito está, destarte, diretamente vinculada ao momento

38 Veja-se, sobre o tema, o acórdão STS 709/2013, de 10 de Outubro de 2013, no qual a Suprema Corte da Espanha consigna, expressamente, em tradução livre, que atuações no curso de uma investigação policial ou judicial devem ser reputadas como legalmente efetuadas. Com esse argumento, o Tribunal asseverou que meras suspeitas são incapazes de macular a cadeia de custódia, cuja prova da quebra constitui ônus de quem alega. No mesmo norte: STS 680/2011, de 22 de junho de 2011.

39 Icônico caso julgado pela Suprema Corte Norte-Americana em 1963, no qual se estabeleceu o dever de compartilhamento de elementos probatórios que interessem à defesa por parte da acusação.

40 PACELLI, Eugênio. *Curso de Processo Penal*. São Paulo: Juspodvim. 2022, p. 391.

de sua apreensão, não com o de sua apresentação dentro do processo. Dessa constatação extrai-se que, no processo penal, conviverão dois regimes diversos, o da inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos, de natureza extraprocessual, cuja consequência será a retirada da evidência dos autos devido a uma lesão a um direito material, e o das nulidades, de caráter endoprocessual, que poderá exigir o refazimento do ato, em virtude uma ofensa a norma de índole processual.

Ora, um mero exame perfunctório da cadeia de custódia já serve para revelar que, aqui, labora-se no campo da teoria das nulidades. Isso porque, por mais que haja um defeito na formalização da cadeia de custódia, essa falha não se relaciona aos meios pelos quais se obteve a evidência. A ausência de identificação do policial responsável pelo recebimento da arma do crime na central de custódia na ficha que acompanha o vestígio não desnatura o ato de encontro do armamento. O meio de apreensão do vestígio, a exemplo de uma busca pessoal em pessoa que aparentava comportamento suspeito, continua legal e legítimo, independentemente de uma folha de papel estar ou não assinada. Logo, inexistente fundamento jurídico apto a embasar a retirada desse armamento do processo. Na prática, significa dizer que poderá a defesa técnica arguir que a ausência de firma do policial na ficha de acompanhamento do vestígio configura irregularidade endoprocessual por violação ao art. 158-A. Essa alegação de ilegitimidade da prova se submeterá aos ditames da teoria das nulidades, em especial o imperativo de demonstração de efetivo prejuízo ao réu. Todavia, esse fenômeno em nada se relaciona com suposta violação ao art. 5º, LVI, da CF/88.

Perceba-se, portanto, ser insustentável o posicionamento segundo o qual a quebra da cadeia de custódia consistiria em uma lesão a preceitos constitucionais. Isso porque, repita-se, um defeito nos papéis que acompanham o vestígio não interfere na sua obtenção. Chega a causar espanto meramente sugerir que a ausência de identificação de uma pessoa que possuiu o vestígio possa ser equiparada a uma prova obtida por tortura, por interceptação telefônica realizada sem autorização judicial ou por violação ilegal de domicílio. Não há espaço, dentro de um processo penal que se diga integralmente garantista, para a deificação de uma folha de papel.

Destarte, acredita-se que a quebra da cadeia de custódia constitua tema a ser tratado no bojo da teoria das nulidades. E, em se tratando de desrespeito a uma norma de natureza infraconstitucional, estar-se-á diante, em caso de identificação de eventual falha, de uma nulidade de índole relativa. Significa dizer que, para ser reconhecida, a nulidade dependerá da demonstração de efetivo prejuízo por parte do cidadão submetido à persecução penal e que, além disso, deverá ser suscitada

pela defesa técnica na primeira ocasião cabível, sob pena de preclusão.

Interessante anotar como, a partir do momento em que se transfere o local de exame da problemática relativa à quebra de cadeia de custódia da seara da inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos para o campo da teoria das nulidades, todas as experiências colhidas pela jurisprudência estadunidense passam a calhar pertinência. A possibilidade de substituição da ficha de acompanhamento do vestígio infungível por outros meios de prova, por exemplo, revela plena adequação para com a exigência de demonstração de prejuízo para a defesa como pressuposto para o reconhecimento de eventual nulidade. O mesmo se diga do imperativo de alegação tempestiva da violação à cadeia de custódia, adequada à teoria das nulidades, mas incabível em se tratando de provas obtidas por meios ilícitos. Até mesmo a possibilidade de superação do defeito processual percebido na cadeia de custódia, com a ressalva de que a falha será levada em conta para fins exclusivos de sopesamento, somente encontra arrimo no âmbito das nulidades relativas, pois, como já asseverado, uma prova obtida por meio ilícito deve ser impreterivelmente retirada do processo (ressalvadas, por certo, as exceções legais a exemplo daquelas previstas no art. 157 do CPP).

Em vista de todo o exposto, resta clara a incorreção na qual incidiram os autores supracitados ao alocarem a questão da quebra da cadeia de custódia na seara da inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos. Além de equipararem, equivocadamente, defeitos no meio da obtenção da prova com falhas nos documentos que a acompanham, situações completamente diversas do ponto de vista ontológico, essa corrente ainda se afastou dos ensinamentos norte-americanos que serviram de inspiração ao legislador infraconstitucional pátrio. Porém, se não bastasse, há ainda um segundo problema teórico grave vislumbrado na construção por eles proposta, o qual, dada a sua lesividade potencial aos ditames de um garantismo integral, merece ser enfrentado.

Em síntese, o ramo da doutrina nacional capitaneado pelos respeitados autores em voga sustenta que a relevância da cadeia de custódia para o processo penal advém de seu papel de controle epistêmico das decisões judiciais. O argumento, em si, merece apenas aplausos e reconhecimento. De fato, o chamado “decisicionismo” representa uma prática a ser evitada pelos magistrados, tendo em vista que a concessão de tratamento jurídico diverso a pessoas postas em situações jurídicas análogas não implica apenas um fator de insegurança jurídica, mas, também, uma lesão profunda à garantia constitucional da igualdade. A retirada dos autos de uma prova que aparenta não ser aquilo que se alega ou que teve sua substância modificada a ponto de ter suas capacidades probatórias alteradas, seguramente,

serve como um instrumento objetivo de controle da subjetividade das decisões judiciais, propiciando uma prestação jurisdicional de maior qualidade.

O que os autores propõem, contudo, ao sugerirem a retirada dos autos de toda e qualquer prova que apresentar uma falha formal na ficha que deve acompanhar o vestígio não pode ser considerado como salutar controle epistêmico, mas como censura ao poder judicante do magistrado. É como dizer que o juiz não ostentaria condições de avaliar (justificadamente, por certo, em razão da necessidade de se propiciar o enfrentamento racional de seus argumentos) em nenhum caso, em qualquer hipótese, o quão relevante se afigurou a falha na cadeia de custódia. Isso não se trata de controlar o “decisionismo”, mas de efetivamente impedir o magistrado de realizar os juízos de valor que constituem o elemento central da função estatal por ele desempenhada. Estar-se-ia diante da estranha figura do magistrado reputado como incapaz de julgar, daquele a quem se veda a possibilidade de exercer a função de Estado-juiz, da criação, enfim, de um verdadeiro não-juiz.

Mais uma vez, observe-se que a figura do não-juiz, petrificado, amarrado, incapaz de ver, pensar, raciocinar e julgar, se encontra em frontal confronto com aquilo que constitui o entendimento desenvolvido pela jurisprudência norte-americana ao tratar da questão inerente à quebra da cadeia de custódia. Lá, conforme elucidado alhures, os Tribunais há muito já sedimentaram um posicionamento diametralmente oposto, segundo o qual somente abuso evidente no uso da discricionariedade judicial autoriza a retirada da prova do processo a pretexto de defeito na corrente. Esse posicionamento é aquele que se revela mais adequado para com a própria função do juiz, qual seja a de julgar, e reflete a sua reconhecida capacidade técnica de sopesar eventuais defeitos na documentação que acompanha o vestígio quando da indicação dos fundamentos que levaram à formação de seu convencimento. Além disso, tal entendimento reconhece que a Justiça representa um conceito criado pelo homem e, como tal, estará necessariamente e invariavelmente envolto por camadas de subjetivismo.

Antes de prosseguir, ressalte-se que causa perplexidade sugerir que agências estatais “repressivas” se valeriam do emprego de práticas ilegais como forma de se obter punição. Esse representa, inclusive, um dos fundamentos como base para construir o raciocínio monocular hiperbólico que propõe a retirada dos autos de todo e qualquer elemento de prova desacompanhado de uma sublime e impecável trilha de papel. Cuida-se, mais uma vez, de argumento que peca

por petição de princípio. Isso porque, ao ler a obra de Aury Lopes Jr. e Alexandre Rosa, ora criticada, percebe-se que nenhum dos autores traz à baila elementos científicos capazes de conferir supedâneo a essa afirmação. Inexiste sequer menção a dados empíricos aptos a sustentar a existência de uma preocupante empreitada estatal na busca pela fabricação de culpados. Portanto, deve prevalecer aquilo que a legislação brasileira prevê, ou seja, a presunção de veracidade e legitimidade dos atos estatais, na mesma esteira daquilo que decidem as cortes estadunidenses. O ônus de provar eventual quebra da cadeia de custódia recai, exclusivamente, sobre quem alega. Mais que isso, supera-se, com base na lei, meras conjecturas subjetivas desse setor doutrinário – que tanto diz querer combater o subjetivismo.

Consigne-se que não se pode confundir aquilo que os autores ora criticados chamam de princípio da desconfiança com presunção de irregularidades na conduta do Estado imbuído da persecução penal. Afinal, por mais que, em um Estado Democrático de Direito, seja dado às pessoas o lúdimo direito de conhecer e contestar práticas estatais, não se pode confundir essa prerrogativa com uma regra de inversão do ônus da prova com base em uma suposta – não empírica – parcialidade do poder público. O equívoco dessa espécie de raciocínio pode ser escancarada a partir de exercícios simples de lógica. Se a exigência de desconfiança estatal decorre do simples fato de que a ele incumbe a função persecutória criminal, como explicar que, esse mesmo Estado, em um mesmo processo, venha também a exercer a tarefa de defesa dos direitos das pessoas economicamente vulneráveis ou hipossuficientes? Estaria o Estado, então, se valendo de seu poder para fabricar inocentes? Não faz o menor sentido imaginar que o Estado atuaria desse modo e privilegiaria uma função em detrimento da outra. E essa perplexidade deriva do fato de que o princípio da desconfiança não supera, de *per se*, a presunção de legitimidade da coleta de prova pelo Estado, somente afastável mediante suspeita razoável de manipulação, conforme reiteradamente decidido pelo Tribunal Supremo da Espanha⁴¹, que tanto inspirou o setor da doutrina sobre o qual versa este tópico.

O perigo em se adotar esse tipo de entendimento em sede doutrinária reside no receio de sua eventual adoção jurisprudencial, como ocorreu quando do julgamento do fatídico HC n. 160.162/RJ pelo Superior Tribunal de Justiça. Naquela oportunidade, debruçava-se a Colenda Corte sobre a legalidade de um conjunto de interceptações telefônicas realizadas pela polícia judiciária com autorização judicial. Após ter contato com o material resultante da quebra de sigilo telefônico, a

41 MAGNO, Levy Emanuel. COMPLOIER, Mylene. Cadeia de custódia da prova penal. *Cadernos Jurídicos*, São Paulo, ano 22, nº 57, p. 195-219, Janeiro-Março/2021

defesa técnica, no lúdimo exercício do contraditório, apontou a ausência de algumas conversas que deveriam ter sido captadas e armazenadas ao longo da diligência do material disponibilizado para análise. Instada a esclarecer os apontamentos efetuados, a autoridade policial informou que havia descartado um determinado número de diálogos ao perceber que eles não guardavam pertinência para com os fatos investigados. Diante dessa informação, a defesa técnica impetrou habeas corpus perante o STJ, ocasião na qual sustentou, dentre outras questões, que essa ação da polícia judiciária implicaria uma quebra da cadeia de custódia, razão pela qual todos os diálogos obtidos a partir da medida cautelar de quebra de sigilo telefônico deveriam ser reputados inadmissíveis e, conseqüentemente, retirados dos autos. O Superior Tribunal de Justiça, citando, inclusive, a doutrina de Geraldo Prado, acolheu integralmente a argumentação e a pretensão defensivas.

Data máxima vênua, a Colenda Corte, ao assim decidir, misturou uma série de conceitos inerentes à cadeia de custódia, algo que culminou em um julgamento impreciso que, indevidamente, determinou a retirada de provas legítimas do processo. Basta lembrar, logo de início, que a cadeia de custódia, por definição legal, consiste na formalização do histórico cronológico do vestígio, de modo a que se permita identificar os possuidores da evidência ao longo do trâmite da persecução penal. Ora, a partir do momento em que a autoridade policial, destinatária da ordem judicial que autorizou a interceptação de determinados ramais telefônicos, informa que promoveu o descarte de alguns diálogos diante de sua impertinência, está devidamente identificada a pessoa que era a responsável pela posse daqueles vestígios. Sabe-se, exatamente, quem era o elo da corrente que determinou o descarte. Logo, não há como se falar em uma quebra da cadeia de custódia quando o próprio custodiante se encontra identificado nos autos e assume a responsabilidade pela lida com a evidência. Se não bastasse, lembre-se que a finalidade precípua da cadeia de custódia reside em garantir a autenticidade da evidência apresentada em juízo e a manutenção de suas propriedades probatórias próprias. Na hipótese julgada pelo Superior Tribunal de Justiça, a polícia judiciária descartou um certo número de diálogos captados durante a diligência de interceptação. Diálogos descartados, ou seja, que não foram sequer apresentados em juízo. Se as conversas não constituíram objeto de oferta para fins probatórios no processo penal, logicamente inexistia qualquer interesse jurídico em se perquirir sua mesmidade. Dito de outra maneira, a cadeia de custódia atua como um instrumental documental que acompanhará o vestígio apresentado em

juízo, de forma que, na ausência de oferta da evidência no processo (elemento probatório principal), descabe falar da apresentação da formalização da corrente (seu acessório), muito menos de sua quebra.

Em outras palavras, a manutenção da cadeia de custódia pressupõe a existência de uma evidência. Se a autoridade policial entendeu que determinado vestígio não constituía uma evidência, como ocorreu com os diálogos descartados, inexistia dever de formalização de uma cadeia de custódia. Por isso, realmente ininteligível a determinação do STJ de excluir dos autos os demais diálogos, aqueles de interesse criminalístico, com relação aos quais havia a prova da cadeia de custódia, com fulcro na inexistência dessa corrente em relação a vestígios que sequer constituíam tecnicamente evidências e que não foram ao menos trazidas aos autos.

Para piorar, note-se que o Colendo Superior Tribunal de Justiça tachou como ilícitas as provas produzidas neste contexto de quebra de sigilo de comunicações telefônicas devidamente autorizadas judicialmente, mesmo inexistindo qualquer ilegalidade no seu meio de produção. Uma visão equivocada, a todo sentir, do contexto hermenêutico e das consequências a serem atribuídas à quebra da cadeia de custódia.

Note-se que não se está, aqui, a enfrentar a legitimidade para o descarte do conteúdo de interceptações telefônicas, nem mesmo o dever da autoridade policial de manter a integralidade dos diálogos captados. Isso porque tais questões, ainda que um tanto mais tormentosas, envolvem o enfrentamento dos ditames do art. 9º da Lei n. 9296/96 e os preceitos estabelecidos no julgamento do caso *Brady v. Maryland*⁴², questões essas que fogem ao escopo deste trabalho. Alega-se, tão somente, que o Colendo Superior Tribunal de Justiça não poderia ter invocado a quebra da cadeia de custódia de algo que não fora apresentado como prova como fundamento para desentranhar dos autos as gravações de conversas obtidas mediante devida autorização judicial.

Como se vê, os perigos da interpretação conferida pelo garantismo à brasileira às questões que envolvem a cadeia de custódia extrapolam os limites da mera academia, mas se afiguram na realidade, nos julgamentos de casos concretos postos ao exame da Justiça. E, conforme ilustra o precedente acima tratado, a consequência jurídica oriunda dessa interpretação dos artigos 158-A a 158-F do Código de Processo Penal reside, nada mais nada menos, que no fomento à impunidade.

42 DALLAGNOL, Deltan Martinazzo; CÂMARA, Juliana de Azevedo Santa Rosa. *A cadeia de custódia da prova: a prova no enfrentamento à macrocriminalidade*. 2. ed. Salvador: JusPODIVM, 2016. p. 532.

DA CADEIA DE CUSTÓDIA COMO INSTRUMENTO DE GARANTIA PROCESSUAL

Felizmente, do mesmo modo que uma corrente doutrinária nacional parece querer que a cadeia de custódia seja transformada em um passaporte para a impunidade, outros setores da doutrina pátria defendem que o instituto seja visto como aquilo que ele realmente deve ser: um instrumento de defesa de garantias processuais. Esses autores, muitos dos quais baseiam suas lições na literatura e na jurisprudência estrangeiras, perceberam os benefícios da incorporação de entendimentos sedimentados no âmbito dos países de origem do instituto ao manancial teórico brasileiro e pregam a aplicação da cadeia de custódia em moldes semelhantes àqueles expostos no terceiro tópico deste trabalho. Alguns, inclusive, atentaram para algumas peculiaridades específicas da posituação nacional da cadeia de custódia, que a diferem da regulamentação geralmente adotada em outros países, razão pela qual será operada a devida distinção e consequente adaptação.

Pois bem, dentre os doutrinadores que não se deixaram levar pela euforia garantista monoclar hiperbólica, Eugênio Paccelli sustenta que a finalidade da cadeia de custódia é a de assegurar a lisura e a validade das provas colhidas, além de permitir o exercício da ampla defesa e do contraditório⁴³. Isso significa que, garantidas essas finalidades, a simples inobservância da cadeia de custódia não gerará nulidade automática. Até porque, como muito bem coloca o eminente autor, a nulidade de um ato nem sempre acarretará a nulidade das provas e/ou do processo. A matéria cadeia de custódia, além do mais, é trabalhada corretamente pelo referido jurista no âmbito da teoria das nulidades, não no contexto das provas obtidas por meios ilícitos, o que implica que o instituto estará submetido a um tratamento jurídico bastante semelhante àquele que lhe confere a jurisprudência estadunidense.

Levy Emanuel Magno¹ e Mylene Comploier sustentam posicionamentos bastante semelhantes aos esposados pelas cortes dos Estados Unidos. Ambos advogam que “eventual defeito ou irregularidade na cadeia de custódia é uma questão de autenticidade, que trará consequências no peso da prova, a ser valorado pelo juiz quando da prolação de sua decisão”⁴⁴. Nesta

batida, eventual quebra da cadeia de custódia, que não deve ser tratada na seara das provas ilícitas, somente levará ao descarte da evidência se restar demonstrado, em concreto, que a irregularidade formal comprometeu a credibilidade do meio de prova. O prejuízo, portanto, a ser demonstrado, pelas regras tradicionais de distribuição do ônus da prova, por quem alega, norteará a identificação das consequências a serem impostas nas hipóteses de identificação de falhas na cadeia de custódia.

Por falar em ônus da prova, os referidos autores bem perceberam que, sobre o assunto, há um distanciamento entre os sistemas jurídicos brasileiro e norte-americano que fundamenta uma diferenciação na lida com a matéria. Anotaram, com perspicácia, que, na *common law*, exige-se que a acusação faça a prova da cadeia de custódia, assim como ocorre com a autoria e a materialidade delitivas. Todavia, a legislação brasileira não repetiu essa mesma exigência, sendo certo ponderar, como fazem os ilustres doutrinadores, que o legislador pátrio pormenorizou o trato da cadeia de custódia em mínimos detalhes. Portanto, a princípio, em uma interpretação literal do texto legal, concluir-se-ia que o legislador deixou de impor ao titular da ação penal o ônus de, como regra, fazer a prova da cadeia de custódia.

No entanto, os autores vão além e, escorando-se nas lições de Deltan Dallagnol e Juliana Câmara, consignam que a prova da cadeia de custódia, como regra geral do sistema norte-americano, deriva de uma particularidade daquele sistema, qual seja a de que, lá, causas cíveis e criminais são julgadas pelo júri. Por essa razão, deve o juiz togado exercer um filtro mais profundo sobre o material que será oferecido ao exame dos julgadores da causa, para evitar que preconceitos, confusão, atrasos e influências indevidas interfiram no ânimo dos jurados⁴⁵. No Brasil, como não se adota os julgamentos pelo Tribunal do Júri como regra, inexistente razão para que prevaleça a mesma lógica. Nem mesmo nos crimes dolosos contra a vida isso seria necessário, uma vez que a instrução realizada perante o juiz sumariante já funciona como um robusto filtro inexistente no sistema norte-americano.

Enfim, todos esses autores sustentam, com base nesses fundamentos, que não se exige do Ministério Público, via de regra, a oferta da evidência acompanhada da cadeia de custódia. Assim, caberia à defesa, em um primeiro momento, justificar a necessidade de apresentação da cadeia de custódia, por meio da indicação de motivos concretos capazes de colocar em

43 CUNHA, Rogério Sanchez. *Pacote Anticrime Lei 13.964/2019 - Comentários às Alterações no CP, CPP e LEP*. Salvador: Juspodvim, 2020, p. 180.

44 NUCCI, Guilherme de Souza. *Pacote Anticrime comentado*. Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 71.

45 STJ. AgRg no HC 744556 / RO. Rel. Min. Ribeiro Dantas. Julgamento em 06/09/2022. STJ. AgRg no RHC 154016 / PR. Rel. Min. Sebastião Reis Junior. Julgamento em 08/03/2022.

xeque a autenticidade ou o valor probatório da evidência. Na toada deste entendimento, que se afigura o mais adequado aos ditames do sistema jurídico brasileiro, somente então se exigiria do Estado, imbuído da função persecutória, a apresentação das provas da cadeia de custódia. Eventual falha, a partir de então, se submeteria à lógica da teoria das nulidades, mais precisamente das nulidades relativas, como alhures pormenorizadamente sustentado.

Outros eminentes autores também enquadram corretamente o tratamento da quebra da cadeia de custódia no âmbito de discussão da teoria das nulidades, mais precisamente na categoria das nulidades relativas. Para Rogério Sanches Cunha, caso se verifique a quebra da cadeia de custódia, a prova permanece legítima e lícita, podendo ser questionada a sua autenticidade, se o valor será maior ou menor quanto mais ou menos se respeitou o procedimento da cadeia de custódia. Não pode ser descartada essa prova, mas apenas valorada. Com muita perspicácia, acrescenta o eminente doutrinador que a prova custodiada, necessariamente, se originou de uma produção legal, caso contrário sequer mereceria ser guardada. Eventual defeito na formalização do encadeamento não interfere na legalidade da prova, mas em seu peso, na sua qualidade⁴⁶.

Esse também constitui, a propósito, o posicionamento sustentado por Guilherme de Souza Nucci, o qual bem chama a atenção para o fato de que o Brasil possui dimensões continentais, fato esse que tornaria inviável, no plano da realidade, defender um processo penal no qual qualquer falha na cadeia de custódia implicasse na nulidade absoluta das provas colhidas durante a investigação⁴⁷.

O mérito do desenvolvimento de uma doutrina nacional equilibrada, que se vale da experiência judicante de outros países como ponto de partida do enfrentamento dos desafios impostos pelas questões cotidianas que margeiam o instituto da cadeia de custódia, ultrapassa os limites da mera acuidade acadêmica. Sob a influência de

pensadores nacionais que veem a cadeia de custódia por aquilo que ela verdadeiramente é, ou seja, um instrumento de garantia de direitos fundamentais, não de fomento à impunidade, o Superior Tribunal de Justiça, em mais recentes posicionamentos, abandonou o entendimento esposado quando do julgamento do famigerado HC n 160.662 e começou a entender que eventuais problemas na cadeia de custódia, além de provados por quem os alega⁴⁸, não implicam automaticamente a retirada da prova dos autos⁴⁹, na mesma esteira da jurisprudência norte-americana. Falhas na formalização do histórico cronológico do vestígio deverão influenciar, precipuamente, em seu peso, não em sua admissibilidade. Trata-se, pois, de uma virada de entendimento que deve ser comemorada, porquanto consentânea com as verdadeiras finalidades do instituto, sem vícios ou pechas interpretativas que o desvirtuem.

CONCLUSÃO

Inequivocamente, uma das maiores funções do Direito reside em conferir segurança jurídica aos jurisdicionados. Talvez por essa razão, modificações legislativas que alteram profundamente o funcionamento do sistema, que impõem novas condutas ou criam obrigações até então inexistentes, costumam sofrer resistência por parte dos seus operadores.

A introdução dos artigos 158-A e seguintes do CPP não fogem a essa regra. Contudo, em uma certa medida, possuem razão os juristas que viram com maus olhos a positivação, em um país de dimensões continentais, do instituto da cadeia de custódia, trabalhado pelo legislador em detalhes mínimos, quiçá desnecessários. Afinal, em um Brasil frequentemente apelidado de “país das nulidades”, correntes doutrinárias afiliadas a um garantismo monocular hiperbólico puramente tupiniquim veriam no novo instituto uma poderosa arma de criação de irregularidades processuais de algibeira, criadas com o único propósito de servir à impunidade.

⁴⁶ STJ. AgRg no AgRg nos EDcl no AREsp 1966466 / PR. Rel. Min. Joel Ilan Paciornik. Julgamento em 17/05/2022. STJ. AgRg no RHC 147885 / SP. Rel. Min. Olindo Menezes. Julgamento em 07/12/2021.

⁴⁷ Mestre em Direito e Processo Penal pela Universidade Federal de Minas Gerais (2005/2006); pós-graduado em Ciências Penais pela Universidade Gama Filho (2004); graduado em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (1999-2003); promotor de justiça lotado no Grupo Especial de Defesa do Patrimônio Público em Belo Horizonte/MG.

⁴⁸ Doutorando em Direito Processual Penal pela Universidade Federal de Minas Gerais; mestre em Direito Processual Penal pela Universidade Federal de Minas Gerais (2008-2010); pós-graduado em Ciências Penais pela Universidade Gama Filho (2006-2006); graduado em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (2001-2005); promotor de justiça lotado no Grupo Especial de Defesa do Patrimônio Público em Belo Horizonte/MG.

⁴⁹ Mestre em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais; especialista em Direito Sanitário pela Escola de Saúde Pública do Estado de Minas Gerais; graduado em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (2001-2005); promotor de justiça lotado no Grupo Especial de Defesa do Patrimônio Público em Belo Horizonte/MG.

De fato, tal fenômeno, até certo ponto, pode ser constatado. Determinados setores da doutrina, novamente com a devida vênia, lançaram livros e artigos nos quais defendiam a absolutização da folha de papel, a prevalência da forma sobre o conteúdo, o apogeu da formalidade, a criação, enfim, de um novo tipo de prova obtida por meio ilícito, a ser conseqüentemente retirada do processo, mesmo que aquele elemento probatório se originasse de um meio integralmente legal. Para piorar, percebe-se que essa tentativa de criação de uma prova ilícita por presunção oriunda de um defeito de formalização posterior vinha permeado por um discurso pomposo, fausto, empolado, que se valia dos ditames da filosofia da linguagem para dar ares de exagerada complexidade a uma questão um tanto mais singela. Buscou-se, em outras palavras, por meio, repita-se, de artifícios de linguagem, complicar o entendimento de um problema com o fim de, valendo-se de uma fabricada bruma discursiva, conduzir o intérprete a uma condução equivocada.

Em suma, não há qualquer artifício discursivo que transmute um defeito na documentação que acompanha um vestígio em um meio ilícito de obtenção de prova, capaz de, automaticamente, excluir uma evidência do processo. Esse raciocínio não apenas contraria as finalidades da cadeia de custódia, como subverte sua essência, transformando-o em mero subterfúgio a justificar a retirada dos autos de provas legítimas, com prejuízos incalculáveis à administração da Justiça.

A melhor maneira de se sobrepor ao raciocínio inebriado proposto por esse setor doutrinário está em jogar luz sobre a cadeia de custódia, em ressimplicar os seus conceitos. Sem dúvida, a forma ideal de materializar essa estratégia recai em apreender a experiência daqueles países que inspiraram a introdução da cadeia de custódia o Brasil e, feitas as devidas adaptações, trazer esse aprendizado para o sistema pátrio. Este trabalho possuiu como escopo realizar essa tarefa, seguindo a linha de outros setores doutrinários nacionais, os quais perceberam que a cadeia de custódia constitui um valioso acréscimo ao arcabouço de direitos e garantias processuais penais do réu, desde que interpretada da maneira correta. Sem a pretensão desmedida de encerrar a discussão, dado que o avanço da ciência depende da formulação de críticas, nem de abranger todas as discussões que possam surgir acerca do instituto, propõe-se as seguintes diretivas para a cadeia de custódia: a) a custódia se inicia com a posse do vestígio pelo Estado; b) a custódia deve se encerrar com a apresentação do vestígio em juízo ou com a realização da competente perícia, a depender da sua finalidade; c) os ditames da cadeia de custódia, por mais que se apliquem apenas aos vestígios arrecadados na cena do crime ou com a vítima, devem ser, preferencialmente, estendidos a outros locais de interesse criminalístico; d) a normatização da cadeia de custódia se aplica exclusivamente às provas

periciais; e) a prova da cadeia de custódia somente será exigida quando houver indícios concretos de lesão à autenticidade e/ou integridade da evidência; f) a quebra da cadeia de custódia não implica a exclusão automática da prova dos autos, mas, ao contrário, regra geral, influenciará apenas em seu peso; g) a quebra da cadeia de custódia deve ser analisada no âmbito da teoria das nulidades – mais precisamente, daquelas de natureza relativa –, não das provas obtidas por meios ilícitos; h) vigora, em favor do Estado, a presunção de legitimidade de seus atos, inclusive, no que tange à regularidade da cadeia de custódia.

Fixadas essas linhas interpretativas, assegura-se que itens que tiveram seu valor probatório severamente comprometido ao longo da persecução serão excluídos da avaliação judicial. O mesmo ocorrerá com objetos que não sejam, verdadeiramente, aquilo que o Estado-acusação alega que eles sejam. Aumentar-se-á a qualidade dos provimentos jurisdicionais e privilegiar-se-á a garantia do contraditório, ao mesmo tempo em que alegações infundadas ou meramente protelatórias de pseudo-irregularidades na cadeia de custódia não afetarão o trâmite da persecução penal. Todos vencem, mormente o próprio Processo Penal.

REFERÊNCIAS

- BADARÓ, Gustavo. A cadeia de custódia e sua relevância para a prova penal. In: SIDI, Ricardo; LOPES, Anderson B. (org.). Temas atuais da investigação preliminar no processo penal. Belo Horizonte: D'Plácido, 2018.
- CHOI, Stephen J. GULATI, Mitu. POSNER, Eric A. Which States Have the Best (and Worst) High Courts? *John M. Olin Program in Law and Economics Working Paper Series*, n. 405, mai. 2008.
- CUNHA, Rogério Sanchez. *Pacote Anticrime Lei 13.964/2019 - Comentários às Alterações no CP, CPP e LEP*. Salvador: Juspodvim, 2020.
- DALLAGNOL, Deltan Martinazzo; CÂMARA, Juliana de Azevedo Santa Rosa. *A cadeia de custódia da prova: a prova no enfrentamento à macrocriminalidade*. 2. ed. Salvador: JusPODIVM, 2016.
- GIACOMOLLI, Nereu José. AMARAL, Maria Eduarda Azambuja. A cadeia de custódia da prova pericial na Lei nº 13.964/2019. *Revista Duc In Altum Cadernos de Direito*, vol. 12, nº 27, mai-ago. 2020.
- LOPES JR, Aury. ROSA, Alexandre Morais da. A importância da cadeia de custódia para preservar a prova penal. Conjur (on line). Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-jan-16/limite-penal-importancia-cadeia-custodia-prova-penal>. Acesso em: 23 set. 2022.
- MAGNO, Levy Emanuel. COMPLOIER, Mylene. Cadeia de custódia da prova penal. *Cadernos Jurídicos*, São Paulo, ano 22, nº 57, Janeiro-Março/2021.

NUCCI, Guilherme de Souza. Pacote Anticrime comentado. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

PACELLI, Eugênio. *Curso de Processo Penal*. São Paulo: Juspodvim. 2022.

PRADO, Geraldo. *Prova penal e sistema de controles epistêmicos: a quebra da cadeia de custódia obtida por métodos ocultos*. - 1. ed. - São Paulo : Marcial Pons.

DA TEORIA DO PLURALISMO DA JUSTA CAUSA

FELIPE MARTINS PINTO¹

THIAGO AUGUSTO VALE LAURIA²

1. INTRODUÇÃO

Poucos temas reverberam tanto no meio jurisprudencial atualmente quanto as discussões envolvendo a legalidade de procedimentos de produção probatória no processo penal, em especial buscas e apreensões realizadas pelas autoridades responsáveis pelo policiamento ostensivo à míngua de prévia ordem judicial autorizadora. Basta uma rápida consulta ao repertório de jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça para que essa realidade salte aos olhos, tamanho o número de acórdãos que se debruçam sobre essa questão. Mais que isso, ao perscrutar os precedentes exarados pelo STJ, percebe-se que aquela Colenda Corte, apesar dos esforços de uniformização, frequentemente prolata provimentos jurisdicionais em sentidos opostos, conferindo tratamento jurídico diverso a situações análogas, para não se dizer praticamente idênticas³. Fenômeno esse que não apenas viola uma legítima expectativa de segurança jurídica do jurisdicionado, mas, principalmente, fere de morte a garantia constitucional da isonomia.

O problema relativo à prolação de julgados díspares quando do enfrentamento de questões semelhantes ligadas ao exame da legalidade de diligências de busca e apreensão pessoais, veiculares e domiciliares não constitui uma peculiaridade da jurisprudência brasileira. Na verdade, a mesma dificuldade também aflige as cortes norte-americanas, cujos entendimentos em matéria de produção probatória criminal, cada vez mais, vêm sendo replicados pela legislação, doutrina e jurisprudência brasileiras⁴. Aliás, nem de longe a replicação desse problema em ambos os ordenamentos jurídicos pode ser reputada como uma mera coincidência. Pelo contrário, essa dificuldade compartilhada por ambos os sistemas deriva de uma mesma fonte, qual seja, a inexistência de uma doutrina que busque estruturar o conceito e os

parâmetros de constatação da licitude da diligência de busca e apreensão. Explica-se.

Tradicionalmente, a Suprema Corte dos Estados Unidos da América, sempre que chamada a decidir acerca de questões relacionadas à licitude de uma busca e apreensão, estatui que a causa provável, conceito jurídico aberto cuja presença autoriza a realização da diligência, ressaí de uma combinação entre senso comum e peculiaridades do caso concreto. Assim, na prática, a causa provável acaba se tornando aquilo que o juiz diz que ela é, conduta judicante que favorece o casuismo, o decisionismo e que torna a garantia de isonomia uma letra constitucional morta.

Ainda que o Superior Tribunal de Justiça não crave, de maneira expressa, que a justa causa exigida para pautar os procedimentos de busca e apreensão derivaria de um mero cotejo entre bom senso e caso concreto, essa conclusão se extrai facilmente do exame de suas mais recentes decisões acerca da temática. Afinal, repetidamente, o STJ vem se limitando a explicitar os elementos que pautam o caso sob análise, como a fuga da polícia, o desrespeito a ordem de parada ou o local de realização da diligência, para, então, asseverar se estava ou não presente a justa causa para a realização do ato contestado. Na prática, a corte responsável pela harmonização da legislação infraconstitucional acaba por exarar seus acórdãos a partir de uma apreciação baseada, unicamente, nas convicções do julgador, aplicáveis ao caso concreto, assim como ocorre na Suprema Corte norte-americana.

Dados os perigos representados pelo decisionismo (Sarmiento, 2007, p. 142), a doutrina norte-americana passou a se debruçar com afinco sobre o problema, com o escopo de desenvolver um modelo teórico replicável capaz de guiar os juízes à identificação da presença da

¹ Professor de Processo Penal da Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Presidente do Instituto dos Advogados de Minas Gerais; conselheiro federal da Ordem dos Advogados do Brasil; titular da cadeira nº 1 da Academia Mineira de Letras Jurídicas; pós-doutorado na Universidade de Coimbra; mestre e doutor em Ciências Penais pela Universidade Federal de Minas Gerais.

² Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, lotado no Grupo Especial de Defesa do Patrimônio Público e da Probidade Administrativa em Belo Horizonte; ex-integrante do GAECO - Grupo de Atuação Especial de Combate ao Crime Organizado (2017-2022), doutorando em Direito Processual Penal pela UFMG; mestre em Direito Processual Penal pela UFMG (2008-2010); pós-graduado em Ciências Penais pela Universidade Gama Filho (2006-2006); graduado em Direito pela UFMG (2001-2005).

³ Compare-se, para fins ilustrativos, os seguintes acórdãos, ambos de lavra do STJ: AgRg no HC 770312 / GO e AgRg no HC 770312 / GO.

⁴ A título exemplificativo, veja-se a positivação da cadeia de custódia, da doutrina dos frutos da árvore envenenada e de suas exceções.

causa provável a partir de critérios mais científicos e menos arbitrários. O jurista Andrew Manuel Crespo, professor da Universidade de Harvard, exurgiu como ícone desse projeto que busca conferir maior cientificidade ao estudo da causa provável, tanto que escreveu obra específica sobre o tema e se habilitou como *amicus curiae* no caso *Kansas v. Glover* (2019) – julgamento emblemático sobre a matéria, prolatado pela Suprema Corte dos Estados Unidos. Essa obra, mais precisamente um artigo intitulado, em tradução livre, como “Pluralismo da Causa Provável”, publicado originalmente pela Universidade de Yale, estabelece três eixos que devem nortear o exame acerca da presença da causa provável para a realização de diligências de busca e apreensão. Esses parâmetros se direcionam, precipuamente, aos integrantes do Poder Judiciário, pois, ao fim e ao cabo, a legalidade de todos os atos praticados diretamente pela polícia será reexaminada pela magistratura em algum momento, por força da inafastabilidade da jurisdição (Crespo, 2019).

Pois bem, não há dúvidas de que as expressões “causa provável”, vigente no Direito estadunidense, e “justa causa”, agasalhada pelo ordenamento jurídico brasileiro, se referem a institutos idênticos, mormente ante a ausência de quaisquer diferenças ontológicas entre ambas⁵. Logo, perfeitamente factível esmiuçar a análise promovida pelo professor Andrew Manuel Crespo e promover a devida adaptação de seus conceitos ao ordenamento jurídico brasileiro. Isso porque, por mais que os conceitos de justa causa e causa provável sejam análogos, quiçá idênticos, o mesmo não pode ser dito em relação à regulamentação da produção e replicação da prova em juízo, da forma como ocorre a submissão diferida da evidência ao contraditório em cada ordenamento. Ou seja, a introdução dos ditames de uma Teoria do Pluralismo da Causa Provável no Brasil, ainda que possível e até salutar, perpassa por algumas necessárias adaptações.

Este trabalho, pois, visa, primariamente, apresentar a Teoria do Pluralismo da Causa Provável de Andrew Manuel Crespo. No entanto, para além, almeja-se identificar, quando existentes, as diferenças entre os sistemas brasileiro e norte-americano, para então desenvolver uma proposta de sistematização de uma doutrina da justa causa adequada às peculiaridades do processo penal pátrio. Fixadas as bases teóricas dessa doutrina da justa causa, far-se-á um exercício de aplicação de seus ditames a casos concretos que, amiúde, são levados ao exame dos tribunais nacionais. Mais especificamente, serão enfrentados, sob a perspectiva científica estruturada proposta por Andrew

Manuel Crespo e adaptada ao processo penal brasileiro, três casos hipotéticos, os quais envolvem buscas e apreensões pessoais, veiculares e escolares, como forma de conferir concretude aos substratos abstratos apresentados neste artigo. Assim, sem maiores delongas, passa-se a apresentar os três parâmetros teóricos de que todo juiz deve se valer ao se debruçar sobre o exame da legalidade de uma busca e apreensão.

2. DA DOCTRINA DO PLURALISMO DA CAUSA PROVÁVEL

2.1. LINHAS GERAIS

Nos Estados Unidos da América, assim como no Brasil, a constitucionalidade de uma busca e apreensão depende, basicamente, de uma conexão entre o alvo daquela medida cautelar e uma suspeita de comportamento ilegal. Conexão essa que é avaliada a partir da formulação de um questionamento, consistente em perquirir se essa busca e apreensão está embasada pela presença da chamada causa provável (ou justa causa, dada a clara sinonímia). Porém, como bem pondera o professor Andrew Manuel Crespo, por mais central que seja o conceito de causa provável para assegurar a eficácia da garantia da inviolabilidade domiciliar, doutrina e jurisprudência parecem não saber exatamente o que esse conceito significa ou como ele opera (Crespo, 2019). Com efeito, conforme já asseverado alhures, a Suprema Corte estadunidense insiste em não ser possível definir essa expressão, sustentando que a causa provável nada mais significa que a aplicação de senso comum à totalidade das circunstâncias. Dito de outro modo, é como se o tribunal soubesse identificar a causa provável sempre que diante dela estivesse, mais ou menos como vem operando o STJ no Brasil.

Amiúde, a jurisprudência justifica a adoção dessa acepção fluida do conceito de causa provável com base no imperativo de adaptar os julgamentos às demandas concretas que lhe são apresentadas pelas autoridades imbuídas da persecução penal, argumento esse indubitavelmente razoável. Todavia, de outro lado, tamanha abstração conceitual possui o condão de colocar em risco direitos e garantias individuais dos cidadãos submetidos à ação das autoridades estatais, mormente a inviolabilidade de domicílio e o direito de deambular. Como forma de afastar essas críticas ao método utilizado

⁵ Para maiores detalhes sobre a identidade entre os institutos, veja-se o seguinte artigo base: “Da Teoria do Unitarismo da Causa Provável e de Sua Aplicabilidade no Brasil”, publicado na Revista da Secretaria de Assuntos Internacionais do Ministério Público de Minas Gerais, edição de 2022.

como padrão para aferição da causa provável, a Suprema Corte costuma sustentar que os padrões vergados na tomada de suas decisões são sempre os mesmos, algo suficiente para garantir segurança jurídica aos jurisdicionados. Ocorre que, ao se analisarem a fundo os julgados daquele tribunal acerca da matéria, Andrew Manuel Crespo percebeu que critérios diferentes eram manejados para aferir a presença da causa provável, a depender das peculiaridades do caso concreto, como o tipo de busca e apreensão realizada (veicular, pessoal, domiciliar) ou a espécie de crime potencialmente em curso (tráfico de drogas, terrorismo, imigração ilegal). Significa dizer que, ao contrário do que prega a própria Suprema Corte, ela adota um modelo de pluralismo, não de unitarismo da causa provável. Algo que, na verdade, revela-se extremamente salutar, dado seu condão de viabilizar a isonomia em seu aspecto material.

Neste esquadro, para potencializar os benefícios do pluralismo da causa provável, basta que se sistematizem os critérios de balizamento da diferenciação operada, por meio da criação de uma doutrina acerca do tema. A sistematização proposta por Andrew Manuel Crespo, aplicável ao Direito brasileiro, mediante adaptações que serão realizadas ao longo deste trabalho, perpassa pela análise de três eixos fundamentais. Ao se debruçar sobre a legalidade de um procedimento de busca e apreensão, já efetivado ou submetido a uma análise judicial prévia, deverá o magistrado, em síntese, fazer a si três perguntas, bem como respondê-las: a) tomando como verdadeiros os fatos narrados pelo proponente, estar-se-ia diante do possível cometimento de uma infração penal ou de um cenário de factível encontro de vestígios de interesse criminal?; b) qual o peso probatório que deve ser conferido aos elementos de convicção trazidos como suporte da pretensão de busca e apreensão?; c) como determinar o limiar de certeza para o reconhecimento da presença da causa provável?

Antes de passar à avaliação individualizada de cada um desses eixos, algumas observações merecem guarida. A primeira delas reside no fato de que a proposta de sistematização da causa provável se destina ao julgador, não às autoridades responsáveis pelo policiamento, ainda que essas, usualmente, empreendam medidas de busca e apreensão. Isso porque, repita-se, seja antes ou após a busca e apreensão, por força da garantia da inafastabilidade da jurisdição, o Poder Judiciário é quem resolverá acerca da legalidade daquele procedimento. Ao policial que, em tempo real, precisa decidir qual medida tomar, basta identificar uma base capaz de fazer acreditar que uma infração está ocorrendo ou que evidências acerca de sua prática poderão ser encontradas no contexto das buscas. Em outras palavras, exige-se do policial, apenas, que ele, ao laborar, se recorde dos ditames constitucionais que permeiam o direito de deambular e a garantia da inviolabilidade de domicílio, e

não um conhecimento profundo acerca dos meandros da doutrina da causa provável, a qual busca padronizar duas das mais confusas palavras do Direito.

Ademais, repise-se que a doutrina do pluralismo da causa provável almeja formular uma proposta integrada capaz de permitir a avaliação da constitucionalidade de toda e qualquer busca e apreensão, desde ações policiais realizadas à míngua de prévia ordem judicial até inspeções administrativas realizadas por integrantes da Vigilância Sanitária. Porém, considerando que as buscas e apreensões criminais lidarão com um dos bens mais importantes do ser humano, qual seja, a sua liberdade, focar-se-á nas medidas que ostentam contornos penais.

Feitas essas observações, passa-se ao exame dos eixos metodológicos que pautarão a análise da legalidade das mais variadas buscas e apreensões.

2.2. PRIMEIRO EIXO: DA ANÁLISE ABSTRATA DA PRETENSÃO CAUTELAR DE BUSCA E APREENSÃO

Em praticamente todos os casos que envolvem a constitucionalidade de buscas e apreensões, o Estado-acusação faz uma afirmação com fulcro em um determinado conjunto de evidências e alega que a medida pleiteada se reveste de legalidade porque o alvo se encontra suficientemente conectado a alguma espécie de ato ilegal. Essa assertiva estatal se calca em um compilado de elementos probatórios capazes de evidenciar a ocorrência desses fatos. O magistrado, ao analisar esse conjunto indiciário, deve, de plano, fazer-se a seguinte pergunta: considerando, em tese, os fatos alegados como verdadeiros, qual a probabilidade de que o alvo seja uma pessoa que cometeu um ato ilegal ou um local que contém evidências de tal ação? Esse constitui o primeiro eixo interpretativo que baliza a Teoria do Pluralismo da Causa Provável.

Nos Estados Unidos, a forma de responder a essa pergunta costuma variar. Há defensores da necessidade de formulação de uma resposta a partir de critérios probabilísticos, doutrinadores que extraem suas conclusões de estatísticas acerca do sucesso das buscas e apreensões decretadas anteriormente em circunstâncias semelhantes. De outra banda, encontra-se uma corrente que sustenta a aplicabilidade de um critério qualitativo de avaliação da probabilidade de sucesso da diligência, o qual se calca, mormente, na experiência adquirida ao longo do tempo pelos aplicadores da lei. Confere-se, aqui, um voto de confiança ao tirocínio das autoridades imbuídas da persecução penal, fruto do exercício constante das atividades persecutórias.

Ainda que nos Estados Unidos subsista, de fato, uma discussão acerca de qual o melhor critério a ser empregado como ponto de partida para o esclarecimento da celeuma, acredita-se que a solução qualitativa constitui a única aplicável ao sistema processual penal brasileiro. Em primeiro lugar porque há uma escassez quase completa de dados objetivos acerca das circunstâncias objetivas que conduzem a uma busca e apreensão bem-sucedida, algo que inviabilizaria o manejo de um critério quantitativo. Indubitavelmente, esse argumento, isoladamente, seria passível de críticas por setores doutrinários que tacham o reconhecimento da realidade de “consequencialismo”, sob a alegação de que limitações estruturais do Estado, da doutrina e da ciência não poderiam servir como amparo para a tomada de decisões judiciais.

No entanto, há um segundo fundamento, seguramente mais robusto, que torna a adoção do critério qualitativo o único capaz de se amoldar à estrutura constitucional brasileira. Trata-se do fato de que a adesão a parâmetros puramente objetivos e estatísticos de avaliação de elementos indiciários culminará, inevitavelmente, em um Direito Processual Penal arrimado em perfis. O critério objetivo almeja reunir um conjunto de elementos comuns que, uma vez reunidos no mesmo cenário, conduzem à probabilidade de ocorrência de uma infração capaz de justificar uma busca e apreensão. Ao colher esses elementos, o pesquisador estatístico irá coletar e cruzar dados acerca do tipo de infração investigada, a espécie de local onde ela se desenvolve e, também, as características dos indivíduos envolvidos. É aqui que reside o perigo, porquanto circunstâncias aleatórias ou, pior ainda, elementos de cor, raça e etnia poderão moldar o deferimento ou o reconhecimento da legalidade de uma medida cautelar (Borges, 2019, p. 15). Dito de outro modo, há um risco palpável de que o preconceito, a discriminação e o racismo assumam o protagonismo na tomada de decisões judiciais, algo totalmente incompatível com o disposto no art. 3º da CF/88.

Não se está aqui a dizer, por certo, que o critério objetivo seria compatível com o sistema jurídico norte-americano. Até porque, diga-se de passagem, a própria Suprema Corte dos Estados Unidos chegou a afastar episodicamente esse parâmetro durante o julgamento do caso *Florida v. Harris*, em 2013. Aduz-se, tão somente, que, independentemente do estado da discussão no Direito estadunidense, não resta dúvida de que a adoção desse critério não se coaduna com os ditames do ordenamento jurídico pátrio. Destarte, apenas o critério subjetivo, qual seja, a experiência dos operadores da lei, deverá pautar o exame judicial inerente à identificação de uma relação de causalidade abstrata entre os elementos trazidos ao conhecimento do juízo pelo proponente ou executor da cautelar e a possibilidade de que uma ação ilegal ou uma evidência a ela relacionada possam ser descobertas por

meio de uma medida de busca e apreensão.

A questão, agora, reside em diferenciar as variadas espécies de conjuntos probatórios que podem ser trazidos ao exame do Poder Judiciário, pois cada um deles confere um diferente grau de certeza abstrata ao magistrado e, conseqüentemente, demanda uma metodologia de análise própria. De modo sucinto, para fins de identificação da possibilidade em tese de sucesso de uma cautelar, pode-se separar os elementos indiciários ofertados como fundamento probatório de uma busca e apreensão em quatro grandes categorias, quais sejam, os fatos primários e definitivos, as inferências diretas, os mosaicos narrativos e as alegações mistas.

Os fatos primários e definitivos não oferecem maiores desafios ao magistrado responsável por aferir a probabilidade de que, em uma análise em tese do alegado pelo Estado-acusação, esteja ocorrendo uma infração ou que um local contenha evidências de sua prática. Isso porque essa sorte de evidências indiciárias possui uma natureza tão direta e objetiva que deixa pouca margem de dúvida quanto à probabilidade de ocorrência de uma infração durante uma apreciação hipotética de seu teor. Evidências desse jaez exsurgem, em regra geral, quando uma testemunha atesta que viu determinada pessoa cometer uma conduta ilegal ou que observou a presença de um vestígio em um certo local. Na essência, os fatos primários e definitivos se caracterizam por uma afirmação de uma testemunha presencial que crava algo como “eu vi Tício cometer um crime”. Elementos indiciários como esses se mostram bastante comuns na vida prática do aplicador do Direito, mormente em casos de violência interpessoal e de notícias repassadas às autoridades de polícia por informantes.

Em suma, por sua própria natureza, os fatos primários e definitivos são autoprobantes. Se os eventos narrados forem tidos como verdadeiros, algo inerente ao raciocínio desenvolvido no primeiro eixo, não resta dúvida de que os elementos trazidos ao conhecimento do magistrado são suficientes para justificar uma medida de busca e apreensão, dado o grau de certeza de envolvimento do alvo com condutas ilícitas. Nenhuma outra técnica de aprofundamento probatório será necessária para pautar o exame judicial.

Em todos os demais cenários alguma espécie de inferência precisará ser realizada como forma de conectar os elementos indiciários à ocorrência de um determinado ato ilícito. A diferenciação dos três cenários restantes, pois, perpassará pela natureza da inferência realizada como forma de embasar a pretensão deduzida em juízo pelo Estado. Andrew Manuel Crespo inicia sua explanação pela hipótese mais simples, aquela por ele batizada de “thin scripts” (Crespo, 2019), que, em tradução

literal, poderia ser conceituada como “roteiros estreitos”. As evidências primárias levadas ao conhecimento do Poder Judiciário como embasamento para a autorização de uma busca e apreensão, neste caso, demonstram a ocorrência de um fato que, por si só, permite que se infira o cometimento de um outro, de natureza ilícita. Posto de outra forma, sustenta-se a ocorrência de um único evento que, isoladamente, por si mesmo, permite extrair a conclusão de que um alvo está envolvido em uma atividade ilegal. Afastando-se um pouco da proposta do artigo original, em virtude dos perigos que o método quantitativo representa para um Direito Penal (Bittencourt, 2003, p. 15) e Processual Penal⁶ do fato, poder-se-ia propor como exemplo dos roteiros estreitos – verdadeiras inferências diretas – a ideia de que pessoas que fogem da polícia em locais conhecidos por seus altos índices de criminalidade frequentemente se encontram na posse de algum tipo de contrabando, de itens ilegais. Outra hipótese ilustrativa seria aquela segundo a qual pessoas que trazem consigo significativas quantidades de droga tendem a possuir, em suas casas, armas, petrechos para o beneficiamento de entorpecentes e mais substâncias tóxicas. Também como exemplo, pode-se imaginar que o latir de um cão treinado para detectar a presença de drogas pelo cheiro constitui um indício capaz de levar à conclusão de que o alvo dos latidos carrega consigo algum tipo de substância entorpecente.

Em todos esses cenários, o evento constatado – fuga da polícia em local conhecido pela alta taxa de criminalidade, a posse de considerável quantidade de drogas em local público e os latidos do cão policial – constitui um fato a partir do qual se presume o envolvimento daquele alvo com atividades ilegais por força da incidência das regras de experiência. Logo, em todos esses contextos, a medida de busca e apreensão seria considerada como lícita, ao menos no que tange ao primeiro eixo da Teoria do Pluralismo da Causa Provável.

O segundo cenário probatório que demanda a realização de inferências por parte do magistrado como condição para a identificação da presença do primeiro eixo estruturante da causa provável recebe o nome de mosaicos narrativos. Sem maiores delongas, os mosaicos narrativos constituem uma história. Eles pintam um quadro em palavras acerca do envolvimento de um alvo em comportamentos de interesse criminal. Sua principal diferença para com as inferências diretas reside na completa impossibilidade de se cogitar da aplicação de qualquer tipo de critério objetivo de análise. Afinal, inexistem duas histórias absolutamente iguais. Aqui, se o juiz identificar que aquele evento único narrado, derivado

de uma soma de elementos indiciários, de acordo com as regras de experiência, permite concluir ser provável que o alvo esteja implicado em um comportamento criminoso, a medida de busca e apreensão será reputada legítima, ao menos para fins de atendimento ao primeiro eixo metodológico ora proposto. Certamente, a carga de subjetividade envolvida quando de uma análise judicial baseada em mosaicos narrativos vai contra o que a Teoria do Pluralismo da Causa Provável almeja, justamente uma maior objetividade na análise judicial das buscas e apreensões. Todavia, não se pode ignorar que a polícia possui experiência substancial em matéria de identificação de atividades delituosas, circunstância essa objetiva, inegável e que, por essas razões, se adequa aos ditames da construção de uma doutrina da causa provável. Para mais, lembre-se que dois outros eixos interpretativos incidirão sobre a matéria, o que permitirá uma maior objetivação da análise judicial, com a consequente diminuição da influência da obtemperação policial na decisão final acerca da legalidade da busca e apreensão.

Apesar do artigo original não trazer um exemplo de mosaicos narrativos, não há maiores dificuldades em se formular uma hipótese para fins ilustrativos. Imagine-se que Mévio, condenado pelos crimes de tráfico de drogas e porte irregular de armas de fogo, acaba de receber o benefício do regime aberto e retorna para sua residência originária. Uma semana após a sua liberação, moradores do bairro procuram a polícia para reportar terem ouvido barulhos correspondentes a disparos de armas de fogo durante a madrugada. Concomitantemente, um militar responsável pelo patrulhamento ostensivo das ruas da cidade reporta ao seu oficial que, naqueles dias, vira Mévio, na garupa de uma motocicleta, com um volume atípico despontando de suas costas. Acrescenta, além disso, que somente não efetuou a abordagem imediata do suspeito porque a moto estava em alta velocidade, o que impossibilitou a perseguição. A soma dos quatro elementos indiciários em comento, quais sejam, os antecedentes, os disparos, o emprego de alta velocidade e o porte de volume atípico, constituem um mosaico narrativo capaz de permitir a inferência de que Mévio estaria envolvido com armas de fogo de natureza ilegal, contexto que autorizaria, em tese, a efetivação de buscas domiciliares judicialmente autorizadas.

O último contexto proposto pelo professor da Universidade de Harvard pouco interesse desperta aos operadores do direito pátrio. Afinal, ele envolve uma mistura entre os dois cenários anteriores, situações nas quais a análise acerca da presença da causa

⁶ Sobre a importância de se desenvolver um processo penal do fato, vide o acórdão n. 70079817540, prolatado pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul em 27/03/2019, sob a relatoria do Desembargador Diogenes Vicente Hassan Ribeiro.

provável deriva de um mosaico narrativo em que um dos elementos indiciários prepondera sobre os demais, o que o aproxima dos roteiros estreitos de inferência única. A questão que perturba o autor, destarte, reside em qual critério se adotar para resolver problemas desta natureza, pois, segundo defende, os roteiros estreitos e os mosaicos narrativos pressuporiam soluções por critérios diversos, quantitativos e qualitativos, respectivamente (Crespo, 2019). No entanto, conforme adiantado alhures, entende-se que essa diferenciação não se afigura válida para os ditames do Direito brasileiro, além do que a própria Suprema Corte estadunidense vem afastando a aplicabilidade do critério objetivo para todos os casos postos ao seu exame. Assim, o que se deve extrair deste primeiro eixo é o seguinte: a) ao se deparar com o exame acerca da validade de uma busca e apreensão, deve o magistrado, em primeiro lugar, performar uma apreciação em tese acerca da legalidade da medida; b) tal providência consiste em se indagar se, em uma análise abstrata, em que todos os fatos trazidos ao seu conhecimento são tidos como verdadeiros, estaria o alvo envolvido em uma atividade delituosa ou, no local descrito, haveria vestígios de um ato ilegal; c) caso positiva a resposta, passar-se-á ao próximo passo da análise; d) caso negativa a resposta, deverá ser reconhecida a ilicitude da medida, com a conseqüente denegação do pedido de busca e apreensão ou a sua nulificação; e) a pretensão posta ao exame do Poder Judiciário pode derivar de fatos primários e definitivos, inferências diretas ou mosaicos narrativos; f) em qualquer desses casos, o magistrado deverá realizar a sua análise em tese a partir de critérios qualitativos, calcados nas regras de experiência, pois o método quantitativo, dado o risco de elaboração de perfis baseados em preconceitos, não se revela compatível com um Direito Penal e Processual Penal do fato.

Enfim, concluindo o magistrado que, se verdadeiros os fatos postos ao seu exame, estar-se-á provavelmente diante de uma atividade ilegal que justifique a realização da medida de busca e apreensão, passará ele ao próximo passo, qual seja, promover a apreciação em concreto da pretensão deduzida em juízo.

2.3. SEGUNDO EIXO: DA ANÁLISE EM CONCRETO DA PRETENSÃO CAUTELAR DE BUSCA E APREENSÃO

Se o primeiro eixo possuía como escopo analisar a probabilidade em tese de ocorrência de uma atividade ilícita, o segundo visa examinar essa possibilidade em concreto. Deve buscar o juiz, neste momento subsequente, perquirir a verossimilhança da informação trazida ao seu conhecimento como substrato probatório para o reconhecimento da legalidade da medida de busca e apreensão. A questão, portanto, envolve a própria

credibilidade dos elementos indiciários que calcam a pretensão cautelar. Não a confiabilidade do Estado-acusação, diga-se de passagem, mas daquele que forneceu os elementos vergados pelos órgãos imbuídos da persecução penal como fundamento capaz de conferir supedâneo ao pedido ou à convalidação de uma busca e apreensão. Em suma, busca-se responder a um questionamento formulado pelo *Justice Douglas* quando do julgamento do caso *United States v. Ventresca*, de 1965: “Esses fatos são realmente fatos?”.

Como instrumento de sistematização de uma doutrina da causa provável, o Professor Andrew Manuel Crespo propõe uma categorização dos meios de prova que mais frequentemente exurgem como elementos indiciários que pretendem arrimar a legalidade de procedimentos de busca e apreensão (Crespo, 2019). A ideia é que uma categorização permita objetivar o exame acerca da presença da causa provável, atendendo aos pressupostos de elaboração de uma verdadeira doutrina acerca da matéria.

Enfim, anseia o segundo eixo da causa provável providenciar uma estrutura conceitual capaz de guiar as cortes quando do enfrentamento da confiabilidade das evidências que fundamentam as buscas e apreensões, ao mesmo tempo que se mantenha uma certa flexibilidade na análise dos casos concretos. Neste norte, propõe-se a divisão das fontes de prova em quatro categorias, de modo que o juiz possa se manter, aprioristicamente, mais ou menos reticente com relação a cada uma delas. A categorização proposta se apresenta exclusiva para a prova testemunhal, por se tratar daquela que, de acordo com as regras de experiência, costuma fundamentar pedidos de busca e apreensão, ao mesmo tempo em que se revelam aquelas mais problemáticas em termos de sopesamento de verossimilhança (a discricionariedade do juiz quando do exame de imagens de circuito interno ou provas periciais não constitui um problema como na apreciação de testemunhos oriundos de fontes diferentes).

Dentro do ideal de se elaborar uma doutrina acerca da matéria de busca e apreensão, o próprio critério vertido como balizador da credibilidade da testemunha se pautará por parâmetros objetivos. Em síntese, os patamares de confiabilidade serão aferidos a partir de dois padrões, quais sejam, o nível de envolvimento potencial da testemunha e a probabilidade de sua responsabilização em caso de prestação de informações falsas. Neste esquadrão, testemunhas com menor risco de apresentarem qualquer tipo de viés, especialmente pró-Estado-acusação, e que ostentem uma maior possibilidade de serem responsabilizadas na hipótese de faltarem com a verdade, terão o testemunho reputado como mais verossímil para fins de uma análise cautelar.

Por outro lado, quanto maior o viés testemunhal e menor a potencialidade de responsabilização em caso de falso testemunho, menor o valor probatório que será conferido aos dizeres daquela testemunha.

A partir desses parâmetros, torna-se cabível categorizar as testemunhas em quatro grandes grupos. Partindo da categoria dotada de maior credibilidade para aquela com menor nível de verossimilhança, os grupos seriam divididos da seguinte forma: civis, policiais, informantes e testemunhas anônimas.

Importante consignar que essa proposta normativa não ambiciona ostentar ares absolutos. O pedido cautelar formulado com base em um testemunho de integrante de uma dessas categorias não se torna totalmente crível ou integralmente inverossímil pelo simples fato de uma pessoa integrar um determinado grupo. Não significa, por assim dizer, que membros de uma certa categoria jamais possam oferecer elementos constitucionalmente válidos capazes de conferir suporte ao deferimento de uma medida cautelar. A divisão em grupos serve apenas para indicar que algumas categorias de testemunhas detêm mais credibilidade que outras e, conseqüentemente, a configuração da justa causa necessária para autorizar a realização de uma diligência cautelar com fulcro nos elementos fornecidos por esses grupos se torna tarefa juridicamente mais viável e recomendada.

Outrossim, importante lembrar que se está laborando no campo das presunções. Presume-se que a verossimilhança de um testemunho é maior em determinados cenários se a testemunha pertence ou não a uma certa categoria. Logo, nada impede que, ao examinar o caso concreto, o juiz venha suplantar essa presunção a partir da verificação da existência de provas em sentido contrário. Em outras palavras, a presunção de credibilidade baseada nos critérios de enviesamento e risco de responsabilização ostenta natureza relativa. Basta imaginar, por exemplo, que o Estado-acusação poderia reforçar os mecanismos de responsabilização da testemunha em uma situação concreta com o fim de conferir maior peso àquele relato.

Isto posto, iniciando o exame individualizado de cada categoria, passa-se a enfrentar a situação dos civis. Conforme adiantado alhures, trata-se da categoria que, presumivelmente, oferta testemunhos mais confiáveis. Os civis se caracterizam por se identificarem formalmente às forças de segurança e reportarem fatos que sugerem a ocorrência de determinados eventos de interesse criminalístico, sem que possuam qualquer tipo de vinculação para com o Estado-acusação nem esperem receber algum tipo de recompensa como contrapartida pelas informações prestadas. Andrew Manuel Crespo anota, com propriedade, que as testemunhas civis

consistem em um grupo de pessoas que, ao que tudo indica, agem exclusivamente no melhor interesse da sociedade, desejam apenas exercer bem ou seu dever de cidadania (Crespo, 2019). Daí o maior peso probatório conferido aos seus dizeres. Todavia, toda a problemática que envolve o fato de ser testemunha, como os riscos à vida e incolumidade, os constantes deslocamentos aos órgãos públicos para fins de oitiva e os dissabores oriundos dos próprios atos de depor em audiência, conduz a uma conclusão adicional: em regra geral, nenhum civil deseja testemunhar (Chen, 2009). Assim, também por essa razão, reforça-se a presunção de credibilidade desses testemunhos, visto que prestados por pessoas que não apenas não possuem o menor interesse no deslinde da causa, mas que muitas das vezes sequer desejavam estar naquela posição.

Se não bastasse, o grupo composto pelas testemunhas civis afigura-se como aquele com maior risco de ser responsabilizado pelo fornecimento de informações falsas quando comparado com os demais. A vivência forense demonstra que a esmagadora maioria dos processos por falso testemunho são propostos em desfavor de testemunhas civis, apesar de oficiais lotados no exercício da função persecutória penal comparecerem com frequência muito superior em juízo para narrar situações que presenciaram. Ou seja, por se apresentarem como aqueles que mais possuem a perder na hipótese de prestação de informações falsas, confere-se uma maior confiabilidade a esses testemunhos quando da aferição da justa causa para uma medida cautelar.

Prosseguindo, passa-se à segunda categoria em ordem de verossimilhança, qual seja, a dos agentes imbuídos da persecução penal, os quais serão referidos neste trabalho, por razões didáticas, como oficiais ou policiais.

A classificação dos oficiais como uma categoria de confiabilidade reduzida em comparação às testemunhas civis não parte de uma demonização dos agentes de polícia, como alguns setores da doutrina brasileira tanto parecem desejar (Munhoz, 2019). Na verdade, tal assertiva não parte de qualquer indevida presunção de má-fé ou deslealdade por parte do corpo de policiais, cujos membros, em regra geral, agem estritamente no cumprimento de seus deveres legais. Pelo contrário, constata-se, tão somente, uma realidade inequívoca, qual seja, a de que a polícia, como instituição, muitas das vezes se vê em um cenário de competição contra a criminalidade, o que eiva as informações que partem dela de um certo viés institucional. Esse viés institucional não deve ser valorado de maneira negativa nem implica uma crítica aos trabalhos exercidos pelas polícias; cuida-se, com efeito, de um mero fato da vida.

Dito de outro modo, não se está a dizer que policiais teriam qualquer inclinação a mentir com o fim de obter um conjunto probatório mínimo capaz de fornecer justa causa para uma ação de natureza cautelar. Estatui-se, tão somente, que o valor probatório de seus testemunhos se encontra um degrau abaixo daqueles prestados por testemunhas civis, tendo em vista que aquelas não ostentam o mesmo viés institucional.

Esse ponto do raciocínio desenvolvido por Andrew Manuel Crespo merece uma pequena digressão para fins de adequação aos ditames do Direito pátrio. Afinal, o ordenamento jurídico brasileiro estabelece que os atos administrativos, como são os relatórios e testemunhos policiais, possuem presunção de legitimidade e veracidade (Di Pietro, 2018, p. 231). Logo, a ideia da existência de um viés institucional capaz de diminuir o valor probatório dos depoimentos policiais quando comparados aos de civis encontra óbice na normatização conferida à matéria no país. Significa dizer que a existência de um viés institucional não serve para descredibilizar, por si só, a palavra do policial. O que se sugere, com o fim de adaptar os conceitos ora desenvolvidos ao processo penal brasileiro, é que se desenvolva um sistema de controle de testemunhos policiais, de maneira que a diminuição da confiabilidade do depoimento derive de uma sequência de casos em que se constate uma propensão à falseabilidade de fatos por parte daquele oficial específico.

De toda maneira, ainda que o conceito de viés institucional não se revele plenamente aplicável no país, entende-se que o valor do testemunho civil ostentará maior credibilidade que aquele policial. Isso porque, conforme adiantado alhures, a realidade demonstra que a possibilidade de responsabilização do policial em caso de falso testemunho se afigura menor que no cenário em que a mesma conduta é desenvolvida por um civil. Daí esse segundo critério utilizado para aferir o nível de credibilidade da prova ofertada como fundamento da justa causa para medidas cautelares se revelar suficiente, ainda que isoladamente, para justificar a superior verossimilhança do testemunho dos civis em comparação com o de policiais.

A terceira categoria na escala de confiabilidade testemunhal é ocupada pelos informantes confidenciais, definidos como aqueles cuja identidade constitui objeto de conhecimento exclusivo por parte dos órgãos imbuídos da persecução penal. O anonimato, na hipótese, ostenta contornos meramente parciais, uma vez que as partes em juízo não sabem a identidade da testemunha, mas esse dado é conhecido pela polícia. Neste cenário, a impossibilidade de conhecimento acerca da origem da

informação impede que aqueles que a acessam venham a eventualmente contestar a credibilidade do relato, bem como eventualmente responsabilizar o informante na hipótese de prestação de um testemunho inverídico.

Além das dificuldades de responsabilização em caso de falso testemunho, o reduzido valor probatório das informações prestadas por informantes anônimos deriva de seu natural enviesamento. Isso porque a prática demonstra que noticiantes confidenciais, muitas das vezes, estão também envolvidos com atividades delitivas ou recebem algum tipo de proveito, ainda que indireto, em retorno pelas informações apresentadas.

De outra banda, não se pode simplesmente descartar as contribuições trazidas por noticiantes confidenciais. Afinal, mormente em situações envolvendo a criminalidade organizada, a contribuição com as investigações por parte de testemunhas depende necessariamente da manutenção da identidade dessas pessoas em sigilo. O risco à vida em casos desta natureza transcende as possibilidades fáticas de qualquer Estado conferir proteção àqueles que colaboram com as investigações (Camacho, 2016). Para piorar, a vida forense demonstra que a persecução de organizações criminosas se mostra usualmente inviável sem a colaboração de atores internos (Cunha; Pinto, 2013, p. 39). Portanto, sopesando essas duas realidades, conclui-se não pela imprestabilidade das informações trazidas por colaboradores confidenciais, mas pela diminuição de seu valor probatório para fins de análise de contextos de busca e apreensão.

O último grupo dentro da hierarquia de credibilidade abarca os chamados noticiantes anônimos, pessoas de identidade desconhecida por todos os atores envolvidos no processo, inclusive os policiais que recebam a informação. O reduzido grau de confiabilidade dos elementos de convicção trazidos por essa categoria não demanda maiores elucubrações: o objetivo do noticiante em se manter anônimo reside em evitar qualquer tipo de responsabilização, justamente um dos dois critérios utilizados para fins de aquilatar a credibilidade da informação. Se não bastasse, ao se desconhecer a origem da informação, não há como perquirir os interesses de quem as forneceu, muito menos eventual enviesamento.

No entanto, o afastamento por completo da validade das notícias apócrifas não se afigura como a solução mais adequada. Como bem salientou a Suprema Corte dos Estados Unidos ao bater-se pela validade das informações anônimas, algumas notícias são apenas muito valiosas para serem descartadas⁷. Assim, propõem-se dois mecanismos para fins de conferir à

⁷ Vide *Illinois v. Gates*, 462 U.S. 213, 237-38 (1983).

notícia apócrifa força probatória suficiente a sustentar ações investigatórias estatais. A primeira delas reside na formalização da “denúncia anônima”, circunstância que assegura, ao menos, que ela efetivamente existiu. A segunda consiste em exigir, a depender da medida que venha a ser tomada, que a notícia apócrifa venha a ser reforçada por outros elementos de convicção, para, somente assim, conferir justa causa à ação estatal.

Em suma, a constitucionalidade da notícia apócrifa, em tese, não se afigura problemática, ainda que, em determinados casos, ela assim se revele. A natureza da medida cautelar que poderá ser desenvolvida a partir de notícias anônimas irá variar de acordo com a espécie de infração enfrentada e o grau de potencial invasão a direitos fundamentais. Ou seja, não há óbice apriorístico a que se realize uma busca pessoal em cidadão suspeito de porte irregular de arma de fogo em via pública por força de notícia trazida ao conhecimento da polícia de forma anônima. De outro lado, idêntica medida seria contraindicada em caso de necessidade de uma busca e apreensão domiciliar. Todavia, essa temática permeia o debate relativo ao terceiro eixo da causa provável e será enfrentada no subtópico que se segue.

Em suma, uma notícia trazida por um civil devidamente identificado, o qual narra ter sido vítima de um roubo, deve ser tida, em princípio, como verdadeira. O mesmo se diga em relação ao testemunho de um policial que afirma ter visto esse roubo, a menos que haja desconfiças acerca da fidedignidade de seu relato, baseada em seu comportamento passado. De outra banda, notícias carregadas por informantes anônimos ou “denúncias” apócrifas devem ser valoradas, em um primeiro momento, como inverídicas, a menos que o Estado traga elementos capazes de aliviar ou subverter essa presunção. A questão, agora, reside em saber o quão seguro o juiz precisa estar a fim de validar cada uma das mais diferentes espécies de busca e apreensão que podem se afigurar, especialmente no bojo do processo penal.

2.4. TERCEIRO EIXO: DO PADRÃO PROBATÓRIO A EMBASAR O EXAME

Prosseguindo, tem-se que o terceiro eixo da Teoria do Pluralismo da Causa Provável envolve a determinação do patamar de certeza necessário para fins de concessão ou validação de uma medida de busca e apreensão. Somado aos eixos anteriores, esse último permite, finalmente, que se responda ao questionamento fundante deste debate, qual seja, se um dado conjunto probatório se afigura suficientemente robusto a fim de embasar uma busca e apreensão. A tarefa, aqui, recai em definir o *standard* probatório aplicável a cada situação, mas de um modo hábil a abarcar todo um grupo de

casos da mesma natureza. A dificuldade oriunda dessa proposta não demanda maiores ilações, uma vez que o padrão probatório pode corresponder a graus de certeza que variam da mais completa segurança acerca da culpabilidade de um indivíduo até a plena convicção acerca de sua inocência. Tudo isso ocorre dentro de um cenário de colisão de interesses e até direitos constitucionalmente reconhecidos de igual monta, tais como a manutenção da ordem, incolumidade e segurança públicas de um lado, a liberdade, privacidade, dignidade e reputação individuais de outro. Não há dúvida, pois, acerca da complexidade que envolve a determinação de padrões objetivos de prova e certeza para fins de validação de uma medida de busca e apreensão.

Em meio a uma colisão de interesses antagônicos de igual monta, dizer que uma busca e apreensão se encontra fundamentada por justa causa significa simplesmente concluir que o potencial benefício oriundo da efetivação de uma cautelar dessa natureza se sobrepõe às suas contraindicações. Ora, se esse se apresenta como o verdadeiro significado de justa causa, não há dúvida de que tal conceito não se materializará da mesma maneira em todos os casos concretos. Há cenários em que os interesses do Estado se revelarão particularmente importantes ou a intrusão nas liberdades individuais se mostrará demasiadamente leve, ao passo que, em outros, a pretensão estatal será especialmente fraca ou o nível de violação a direitos fundamentais se afigurará excessivo. Cada uma dessas situações exigirá um sopesamento de interesses próprios e, conseqüentemente, um padrão probatório diferente. Não por outra razão, fala-se em uma Teoria do Pluralismo da Causa Provável, em uma oposição a uma pretensão conceitual unitária.

O padrão probatório, assim, também deverá ser categorizado, da mesma maneira como ocorreu com o nível de credibilidade da fonte probatória. Desta feita, a gradação se dará com base no nível de certeza necessário para fins de validação da medida de busca e apreensão. Quanto mais dominante o interesse estatal na medida, menor será o grau de certeza exigido. Conseqüentemente, quanto maior a prevalência dos interesses individuais, maior será o *standard* probatório necessário para validar a busca e apreensão.

Ao contrário do que ocorreu com as fontes probatórias, porém, inicia-se o exame acerca da matéria pelo centro, pelo padrão probatório exigido como regra para a validação de medidas de busca e apreensão. A alteração não se dá por mero capricho. Na verdade, o intento desta estratégia reside em se firmar um padrão inicial a ser utilizado como norteador e, a partir de determinadas circunstâncias excepcionais, promover uma adaptação de parâmetros, seja para recrudescer, seja para suavizar a justa causa necessária para a

validação de medidas cautelares de busca e apreensão. A fixação de uma âncora interpretativa, além disso, permite que se confira ao juiz um ponto de partida, um parâmetro padrão pré-definido do qual ele poderá, eventualmente, de forma justificada, se alijar, a depender da identificação de eventual preponderância de interesses.

A própria ideia de se estabelecer um padrão inicial situado no centro do espectro de certeza necessário para a validação de uma busca e apreensão já serve para indicar que se deve procurar um conceito bem assentado em nível doutrinário e jurisprudencial para tanto. Por conseguinte, não causa surpresa que o conceito tradicional de causa provável seja proposto como o ponto de partida do magistrado quando da análise da legalidade de uma busca e apreensão. Assim, regra geral, entende-se presente a justa causa sempre que se mostrar mais provável que improvável que uma determinada atividade delitativa esteja a acontecer. Neste contexto, a ação estatal será considerada, a princípio, como lícita. Como define a doutrina norte-americana, a preponderância da evidência, ou qualquer coisa superior a 50% de chances de sucesso, serve para configurar a causa provável e legitimar a busca e apreensão (Ortman, 2016). Conforme se percebe facilmente, a âncora proposta caracteriza-se por ser um conceito simples, intuitivo e, conseqüentemente, de fácil ulterior desenvolvimento nas hipóteses diferenciadas que advirão e exigirão um padrão probatório alternativo.

Além de simples e intuitivo, o uso do critério do mais provável que improvável como preceito hermenêutico base aplicável à análise da legalidade das buscas e apreensões também ressaí de uma anamnese constitucional da matéria. Assim como já adiantado alhures, a jornada de definição do conceito de justa causa e da conseqüente licitude de medidas cautelares perpassa por um conflito entre os valores de liberdade e de segurança (Pastor, 2005, p. 205), os quais se encontram em um mesmo patamar de relevância constitucional. O poder dever do Estado de aplicar o seu mais severo diploma legal, qual seja, a Lei Penal (Prado, 2002, p. 119-120), é colocado frente a frente com o direito das pessoas de se locomoverem livremente e de terem sua privacidade assegurada no interior de suas residências. Definir o balanço exato entre esses interesses conflitantes suscita questionamentos e debates doutrinários intermináveis. Destarte, uma vez reconhecida essa realidade, o critério do “mais provável que não” exsurge como uma conseqüência lógica para

fins de estabelecimento de um parâmetro inicial para se aferir a presença da causa provável⁸.

Em suma, define-se que, por via de regra, a análise acerca da legalidade de uma busca e apreensão será pautada pelo critério âncora do “mais provável que improvável”. Todavia, conforme fartamente adiantado, esse configura apenas um ponto de partida, pois, tendo em vista a importância dos bens jurídicos em tese envolvidos na questão, exsurgerà a necessidade de se operarem eventuais ajustes nesse critério padrão, a depender da preponderância do interesse envolvido.

A proposta de ajustes no conceito de causa provável a depender da espécie de busca e apreensão carreada não é nova. Por mais que jamais tenha reconhecido expressamente a possibilidade de ajustar o critério de causa provável a depender da espécie de diligência encetada, a Suprema Corte dos Estados Unidos assim vem laborando desde o julgamento do caso *Terry v. Ohio*, em 1968. Naquela oportunidade, entendeu esse tribunal que o conceito de causa provável para fins de diligências de busca e apreensão pessoais, realizadas pelas autoridades de polícia, poderia ser suavizado, ou seja, não atenderia aos mesmos critérios, por exemplo, de uma diligência semelhante ocorrida mediante violação de domicílio. Na prática, admite a Suprema Corte Norte-Americana, desde aquela época, uma certa flexibilidade nos critérios de aplicação da causa provável, tendo em vista o reconhecimento de que a busca e apreensão pessoal, por representar uma invasão menor em direitos fundamentais, exige um padrão de suspeita mais baixo para ser realizada legalmente⁹.

De fato, não resta dúvida de que uma busca pessoal, justamente por ser pouco invasiva, demanda um parâmetro de evidência menor que uma diligência domiciliar. Todavia, uma vez que se propõe a criação de uma doutrina da justa causa, essa realidade precisa ser alargada a ponto de ser replicada em outros casos análogos. Por isso, Andrew Manuel Crespo propõe, primeiramente, que a flexibilização do padrão inicial de causa provável para fins de suavização de sua aplicação dependa da demonstração de algum tipo de necessidade especial, a qual extrapole a mera exigência de regular aplicação da lei. Para mais, e principalmente, imperativo que o ajuste derive da constatação de uma

⁸ As cortes norte-americanas, repetidamente, assentam o entendimento segundo o qual o policial age amparado pela causa provável sempre que os fatos disponíveis ao seu exame no momento da ação eram suficientes para fazer com que ele acreditasse que um crime estava sendo cometido ou que uma evidência de uma infração penal se encontrava presente. A título ilustrativo, veja-se *New Jersey v. T.L.O.*, 469 U.S. 325, 340, caso julgado pela Suprema Corte dos Estados Unidos da América em 1985.

⁹ A Suprema Corte norte-americana chegou a falar, no julgamento do Caso Terry, na existência do conceito de suspeita razoável, frequentemente referido como o “irmão mais novo da causa provável”, que, dentro dessa definição, muito se assemelha à ideia de “fundada suspeita” que vige no ordenamento jurídico brasileiro.

pretensão estatal reforçada ou de um interesse privado particularmente enfraquecido. A possibilidade de diminuição do grau de exigência probatório para fins de configuração da justa causa para uma busca e apreensão depende, pois, de um desbalanço em concreto entre interesses que, *a priori*, se encontram em um mesmo patamar abstrato de relevância constitucional (Crespo, 2019).

Aplicando esses ditames ao supracitado caso da busca pessoal, nota-se que o grau de turbação ao direito fundamental à locomoção se mostra mínimo, mormente por se tratar de medida que se operacionaliza em poucos minutos, quiçá segundos. A importância do direito à locomoção, neste contexto, acaba por ceder em prol da exigência de manutenção da segurança pública, o que autoriza a realização da diligência por parte da polícia mesmo diante de um mosaico de evidências mais frágil. No mesmo sentido, também seria dado à autoridade policial performar uma busca e apreensão domiciliar com base em um patamar de probabilidade de sucesso inferior a 50% nas hipóteses de emergência, grave risco à segurança nacional ou perigo à incolumidade de pessoas integrantes de grupos especialmente vulneráveis, como crianças em idade escolar. Ainda de igual modo, o desbalanço entre o interesse público e o privado também estaria presente em cenários que envolvem pretensões de natureza não penal, como inspeções edilícias tendentes à promoção da saúde pública ou abordagens que visam à salvaguarda da segurança do sistema de transporte coletivo. Nesses dois casos, a evidente prevalência do interesse público sobre uma enfraquecida pretensão privada legitimaria a validação das buscas e apreensões mesmo em um cenário em que a probabilidade de certeza acerca da ocorrência de uma infração fosse inferior à metade.

Enfim, a prevalência de um dos interesses em conflito sobre o outro autoriza que, de forma fundamentada, legitime-se a criação de dois novos critérios, quais sejam, a justa causa para menos e a justa causa para mais. Admitir a existência de uma justa causa para menos, nos moldes ora expostos, implica assentir para com a constitucionalidade de uma medida que, a todo sentir, pode implicar uma invasão a direitos fundamentais de pessoas que possuem uma maior probabilidade de serem inocentes que culpadas. No entanto, tal diligência se justifica por força de um sopesamento de valores, de uma verdadeira concretização do também constitucional postulado da proporcionalidade (Lima, 2019, p. 535), o qual possui o condão de validar uma cautelar executada nesses termos. Ademais, não se pode perder de vista que a doutrina do pluralismo da causa provável atingirá

um equilíbrio em abstrato mediante a exigência, também legítima, de uma justa causa para mais, na qual uma maioria de jurisdicionados culpados se verá livre de enfrentar uma busca e apreensão ante a prevalência em concreto dos interesses particulares sobre os públicos.

Todavia, a possibilidade de realização de ajustes no critério base do mais provável que improvável, para fins de identificação da presença da justa causa, se aplica exclusivamente, na visão de Andrew Manuel Crespo, a cenários tidos como intermediários. O autor, com efeito, vai além desses limites, para defender a validade ou invalidade de diligências ocorridas em situações tidas como extremas, em que a legitimidade da busca e apreensão independe da sua probabilidade de sucesso. São situações localizadas em polos opostos do espectro da probabilidade calcada em evidências, nas quais a medida cautelar pode ser reputada como razoável ou desarrazoada e, conseqüentemente, válida ou inválida, respectivamente, apenas por si mesma (Crespo, 2019).

A todo sentir, a esse entendimento não calha prosperidade dentro das balizas postas pelo ordenamento jurídico brasileiro. Como se sabe, vige no sistema pátrio o Princípio do Livre Convencimento Motivado, segundo o qual o magistrado possui liberdade para decidir, desde que respeite o imperativo de fundamentação de seus provimentos (Pacelli, 2022, p. 312). Ocorre que essa motivação, em matéria processual penal cautelar, deve partir de elementos do caso concreto, não servindo, para tal finalidade, a mera menção à razoabilidade ou irrazoabilidade em abstrato do evento sob exame. Essa questão, relativa à imprescindibilidade da fundamentação em concreto das decisões que impõem medidas cautelares de natureza penal, constitui objeto de posicionamento pacífico no bojo dos tribunais superiores pátrios¹⁰. Para mais, dadas as similitudes havidas entre o Direito Penal e o Direito Administrativo Sancionador (Dias; Ferreira; Knoerr, 2022, p. 112), evidenciadas a partir das disposições constantes da Lei nº 14.230/2021, tudo indica que o mesmo tratamento deverá ser transferido, também, à esfera administrativa. Daí concluir-se que, no Brasil, a aplicabilidade da Teoria do Pluralismo da Causa Provável em matéria de determinação de diferentes graus de certeza, ainda que plenamente cabível, dependerá, necessariamente, de ajustes jurisdicionais devidamente motivados, sempre que o magistrado perceber a imprescindibilidade do afastamento do conceito âncora de justa causa.

Uma vez finalizado o exame dos três eixos, salutar que se promova um resumo de tudo aquilo que foi dito, de maneira a se agregar com coesão os pilares da

¹⁰ A título exemplificativo, vejam-se os seguintes acórdãos prolatados pelo Colendo Superior Tribunal de Justiça: RHC 129203-MG, RHC 109030-SC e RHC 68550-RN.

doutrina do pluralismo da causa provável. Assim, no primeiro eixo, apreendeu-se como perquirir, em um juízo abstrato, a probabilidade de que um determinado relato implique a ocorrência efetiva de uma infração ou da presença de vestígios em um certo local. Análise essa que, dadas as peculiaridades do Direito brasileiro, deverá se dar qualitativamente. Em um segundo momento, examinou-se como determinar a credibilidade dos elementos de convicção que fundamentam a realização da busca e apreensão. Por fim, o terceiro eixo visou conferir ao magistrado meios para selecionar qual o nível de certeza que deverá estar presente para fins de validação da diligência. Ao fundamentar sua decisão por meio do enfrentamento motivado desses três eixos, o juiz, verdadeiro destinatário da exigência legal de justa causa¹¹, se colocará imparcialmente entre o cidadão e o Estado imbuído da função persecutória (ou fiscalizatória) e materializará, por meio de sua atividade, a garantia do devido processo legal. Seguramente, a elaboração de uma doutrina da justa causa ajudará a trazer uma certa ordem, estrutura e coerência a um conceito que se aparenta juridicamente amorfo, tamanho seu grau de abstração.

3. ANÁLISE DE CASOS

A tentativa de objetivação de um conceito juridicamente indeterminado como a justa causa, bem como de estruturação de uma doutrina para sua aplicação, pode soar, em alguns momentos, como um esforço inútil, devido ao nível de abstratamento que a missão envolve. Portanto, uma vez que o objetivo deste estudo extrapola os limites meramente acadêmicos e que, na verdade, almeja-se a aplicabilidade destes ditames às decisões judiciais que julgam a validade das medidas cautelares de busca e apreensão, passa-se a ilustrar como seria o exame acerca da legalidade de uma diligência em cenários concretos hipotéticos que se passa a propor, a partir da Teoria do Pluralismo da Justa Causa.

Em um primeiro caso, imagine-se a hipótese em que dois policiais rodoviários federais percebem a presença de um veículo do tipo minivan, em velocidade regular, dirigido por um cidadão de feições nativas americanas, no Estado de Roraima, nas proximidades da fronteira entre o Brasil e a Venezuela. Imediatamente, os oficiais conferem ordem de parada ao motorista e realizam buscas pessoais e veiculares, além de efetivarem questionamentos aos ocupantes do automóvel. Durante essa diligência, eles descobrem que os três passageiros

que se encontravam no banco traseiro estavam sendo trazidos clandestinamente pelos ocupantes dos assentos da frente para o país, mediante pagamento. Ato contínuo, conferiu-se voz de prisão em flagrante a esses dois suspeitos, por violação aos ditames do art. 232-A do Código Penal.

Pois bem, uma vez trazida essa situação ao conhecimento do magistrado, deverá ele submeter os ditames da situação concreta aos três eixos da doutrina da causa provável. O primeiro deles, como se sabe, reside em saber se, em um juízo hipotético, o cenário indicado sugeria a ocorrência de alguma infração. A resposta, neste caso, é negativa. Perceba-se que não há a identificação direta e objetiva de qualquer conduta irregular. De igual modo, inexistente a inferência segundo a qual um veículo conduzido por um indivíduo de feições nativas americanas implicaria provável desenvolvimento de um crime de promoção da migração ilegal. Por fim, o caso concreto não oferece outros elementos capazes de, somados, permitir que se desconfie da prática desse delito, como o emprego de velocidade excessiva, o prévio conhecimento acerca do tráfico humano reiterado naquela região da fronteira ou mesmo a anterior notícia de ocorrência do crime por um informante. Logo, a legalidade da abordagem não sobrevive, sequer, ao primeiro momento de um exame baseado na doutrina do pluralismo da causa provável e, neste sentido, a diligência deverá ser reputada como irregular.

Imagine-se, agora, um segundo cenário hipotético, envolvendo buscas e apreensões domiciliares realizadas por policiais militares recém-empossados no cargo durante patrulhamento ostensivo. Neste caso, os oficiais recebem uma notícia de um informante confidencial, segundo a qual em um determinado local, conhecido como ponto de venda de drogas, alguns indivíduos estariam realizando o comércio ilegal de entorpecentes. Ato contínuo, uma viatura dirige-se até essa localidade, oportunidade na qual realiza a abordagem de um suspeito, o qual ostenta as mesmas características físicas apontadas na “denúncia”. Durante buscas pessoais, arrematam-se com ele seis pinos de cocaína, além de R\$ 300,00 (trezentos reais) em pecúnia, divididos em notas de pequeno valor. Após consultas aos seus sistemas internos, a polícia perquire e verifica se tratar de indivíduo previamente condenado pelo crime de tráfico de drogas a uma pena restritiva de direitos. Ao constatar esses elementos, a equipe policial se encaminha até a residência do suspeito, o qual habita naquelas imediações, ocasião em que logra êxito em apreender 200g (duzentos gramas) de cocaína, um pote

¹¹ Conforme endereçado alhures, essa conclusão deriva, exclusivamente, da regra da inafastabilidade da jurisdição. No entanto, o treinamento dos órgãos policiais nos conceitos, parâmetros e limites da justa causa seria medida extremamente salutar, porquanto permitiria a produção de provas mais frequentemente servíveis em juízo, além de propiciar um maior respeito aos direitos de locomoção, privacidade e inviolabilidade domiciliar.

de ácido bórico e uma balança de precisão. A questão, pois, reside em analisar a legalidade da diligência.

Desta feita, percebe-se que a decisão policial de realizar uma busca e apreensão domiciliar se baseou em um mosaico de elementos, representado pela soma entre uma notícia trazida por informante confidencial, a presença do suspeito em um local conhecido pela traficância, a apreensão de drogas em seu poder, a posse de dinheiro em notas pequenas, a preexistência de uma condenação pelo crime previsto no art. 33 da Lei nº 11.343/06 e a proximidade da residência com o ponto onde houve a diligência inicial. Todos esses elementos, em conjunto, conduzem à presunção de que o indivíduo, que aparentemente promovia o comércio ilegal de entorpecentes em via pública, poderia precisar retornar ao seu domicílio para fins de reabastecimento. Logo, a análise em abstrato do mosaico de evidências sugeria a ocorrência de um crime de tráfico de drogas na modalidade de manter em depósito no imóvel onde se deu a diligência domiciliar de busca e apreensão.

Superada essa premissa, passando-se ao segundo eixo, percebe-se que os militares responsáveis pela ação haviam acabado de ingressar nos quadros da força. Portanto, ante a consequente inexistência de sinais desfavoráveis em relação à suas condutas prévias, seus dizeres devem ser presumidos como verdadeiros para fins de análise da validade daquela diligência cautelar.

Finalmente, os interesses em jogo na hipótese, quais sejam, o dever do Estado de preservar a saúde pública e a inviolabilidade domiciliar, se encontram em um mesmo patamar. Não se vislumbra a presença de qualquer excepcionalidade a tombar a balança em prol de qualquer lado do conflito, assim como ausentes valores pertencentes a grupos especialmente hipossuficientes. O critério de certeza suficiente para conferir justa causa à medida deve ser, assim, aquele padrão do mais provável que improvável, algo que se colhe do caso concreto, mormente porque a polícia já havia flagrado o suspeito, naquelas imediações, na posse de entorpecentes e de dinheiro dividido em notas de pequena monta. Por todo o exposto, a ação policial deste segundo caso perpassa incólume por uma análise baseada nos três eixos da doutrina do pluralismo da causa provável, motivo pelo qual deve ser reconhecida a sua legalidade.

Como último exemplo, imagine-se que a Polícia Civil receba uma notícia apócrifa via 181, na qual uma testemunha sustenta que vira o momento em que um aluno do terceiro ano do segundo grau guardara uma arma de fogo em seu armário escolar logo após deixar um veículo e adentrar nas premissas do colégio. Imediatamente, esses oficiais se dirigem até o local e, em conversas com colegas do suspeito, descobrem que ele vinha

aparentando sintomas de depressão. Munidos dessas informações, os policiais, devidamente autorizados pela direção da escola, arrombam o escaninho do suspeito e promovem a apreensão de uma arma de fogo irregular. Por consequência lógica, performam a prisão em flagrante daquele aluno, já imputável. A questão, agora, reside em analisar a legalidade da busca e apreensão que resultou na arrecadação desse armamento não registrado.

Desse modo, inicia-se o exame perpassando os detalhes do caso pelos parâmetros estabelecidos pelo primeiro eixo da doutrina do pluralismo da causa provável. A questão primeira, pois, reside em perquirir se, em tese, a narrativa trazida em caráter diferido ao conhecimento do juízo permite inferir a ocorrência de uma prática criminosa. Como, na hipótese, a notícia parte de uma testemunha que afirma ter presenciado o momento em que o suspeito armazenou o armamento em seu escaninho, não há dúvida quanto à força em abstrato daquela narrativa. Cuida-se daquilo que se acordou chamar de fato primário. O problema está, na verdade, no peso probatório a ser atribuído àquele relato, porquanto ele partiu de uma “denúncia anônima”, a fonte menos verossímil dentre aquelas que compõem o espectro das evidências aptas a fundamentar a legalidade de uma diligência cautelar. Enfim, o peso a ser conferido ao elemento de convicção oferecido como suporte para a busca e apreensão é o menor possível.

Dado o reduzido peso probatório conferido à notícia apócrifa, se a análise versasse sobre casos ordinários, que perpassam pelo padrão “default” do mais provável que improvável, concluir-se-ia pela ausência de justa causa para a realização da medida. Todavia, a hipótese em comento ostenta contornos especiais. Em primeiro lugar, nota-se a mitigação da inconfiabilidade da notícia apócrifa por meio de seu registro formal via 193. Adicione-se a isso o fato de que os valores em conflito se encontram desbalanceados em prol do interesse público, uma vez que a busca em um escaninho representa uma pequena lesão ao direito de privacidade, ao passo que uma arma de fogo possui potencial para causar enorme dano à incolumidade de uma plêiade de pessoas. No entanto, o elemento que define efetivamente a questão em prol da validade da busca e apreensão recai sobre o local de potencial guarda da arma de fogo, uma escola. Como se sabe, crianças e adolescentes pertencem a grupos sociais reputados hipossuficientes em virtude de sua especial condição de pessoas em formação. Além do mais, os infelizmente comuns episódios de chacinas praticadas em escolas são, muitas das vezes, praticados por alunos que enfrentam diferentes graus de sofrimento mental (Lee, 2013), após diferentes níveis de preparação. Isso significa ser palpável imaginar que a ocultação do armamento no escaninho represente, na verdade, um ato preparatório de uma ação mais grave de homicídio, tendo como vítimas principais crianças e adolescentes.

Em tal cenário, ainda que mais improvável que provável a ocorrência de um crime de tamanha severidade, mostra-se adequado que as autoridades promovam um ajuste no critério padrão e se valham de uma justa causa para menos durante o exame da legalidade da medida, de modo que se reputa válida a busca e apreensão performada pela Polícia Civil.

4. CONCLUSÃO

Governos autoritários frequentemente fazem das buscas e apreensões despóticas uma de suas principais ferramentas de controle social. Daí não se poder relegar uma decisão tão importante quanto à análise da licitude dessas diligências a critérios tão discricionários, quase que arbitrários, como o bom senso aplicado ao caso concreto. A construção de uma doutrina capaz de guiar o magistrado quando da análise da legalidade de uma busca e apreensão não garantirá que o conceito de justa causa possua sempre o mesmo significado, mas que signifique a mesma coisa todas as vezes que as situações concretas forem semelhantes. Desse modo, contribui-se para a diminuição do decisionismo e do casuísmo, ao mesmo tempo que se privilegia a garantia constitucional da isonomia.

Mais que isso, percebe-se o quanto a elaboração de uma doutrina nesses moldes contribui para o fortalecimento da democracia. Partindo das conceituações mais modernas de contraditório, segundo as quais tal se define como uma garantia de preparação participada do provimento que será imposto sobre as partes, em paridade de armas (Fazzalari, 2006, p. 37), percebe-se que tal instituto nada mais representa do que a democracia aplicada ao processo. A partir do momento em que uma teoria fixa bases que orientam o juiz sobre como decidir ao examinar a legalidade de uma busca e apreensão, permite-se à parte irredimida que se contraponha aos fundamentos daquele provimento jurisdicional a partir da indicação das etapas procedimentais que não foram seguidas ou que foram aplicadas erroneamente. Algo que seria impossível se o recorrente precisasse se objetar ao mero conceito de bom senso aplicável ao caso concreto, tamanha a carga subjetiva que envolve essa definição.

Em outras palavras, a criação de uma doutrina sobre o tema busca e apreensão, batizado por Andrew Manuel Crespo como Teoria do Pluralismo da Causa Provável, plenamente aplicável no Brasil com as adaptações sugeridas neste trabalho, configura um avanço em prol de um processo penal mais democrático. Enfim, espera-se que este artigo venha a contribuir para o desenvolvimento e aprofundamento de uma verdadeira Teoria do Pluralismo da Justa Causa brasileira.

5. REFERÊNCIAS

BITTENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral**. São Paulo: Saraiva, 2003.

BORGES, Juliana. **Encarceramento em massa: feminismos plurais**. São Paulo: Pólen, 2019.

CAMACHO, Matheus Gomes; LEAL, Thais de Cassia Pinhata Vida. Lei de Organização Criminosa: a colaboração premiada e a responsabilidade do estado na prevenção e combate ao crime organizado. **Revista de Artigos do 1º Simpósio Sobre Constitucionalismo, Democracia e Estado de Direito**, [S.l.] v. 1, n. 1, 2016. Disponível em: <https://revista.univem.edu.br/1simposioconst/article/view/1213>. Acesso em: 29 nov. 2024.

CHEN, Elsa Y. Victim and witness intimidation. **Encyclopedia of Race and Crime**. Editors Helen Taylor Greene and Shaun L.Gabbidon. Thousand Oaks, CA: Sage Publications, 2009.

CRESPO, Andrew Manuel. Probable Cause Pluralism. **Yale Law Journal**. Harvard Public Law Working Paper n. 19-12, fev., 2019.

CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. **Comentários à nova lei sobre o crime organizado – Lei nº 12.850/03**. Salvador: Juspodvim, 2013.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

DIAS, Jean Colbert; FERREIRA, Anderson; KNOERR, Fernando Gustavo. O direito penal e o direito administrativo sancionador como peças do macrossistema punitivo brasileiro e a rejeição ao bis in idem. **Revista da Faculdade de Direito da PUC-SP: Direitos Democráticos & Estados Modernos**, São Paulo, v. 1, n. 4, 2022.

FAZZALARI, Elio. **Instituições de direito processual**. Campinas: Bookseller, 2006.

LEE, J. H. School shootings in the U.S. public schools: Analysis through the eyes of an educator. **Review of Higher Education and Self-Learning**, [S.l.], 6, p. 88–120, 2013.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Código de Processo Penal comentado**. Salvador: Juspodvim, 2019.

MUNHOZ, Silvio Miranda. O açodamento em criticar o Projeto Anticrime e a demonização da polícia. **Revista do Ministério Público Militar**, Brasília, ano 44, n. 30, 2019.

ORTMAN, William. Probable cause revisited. **Stanford Law Review**, Stanford, vol. 68, p. 511-568, mar. 2016.

PACELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal**. São Paulo: Juspodvim, 2022, p. 312.

PASTOR, Daniel. Acerca del derecho fundamental al plazo razonable de duración del proceso penal. **Revista Brasileira de Ciências Criminas**, São Paulo, v. 13, n. 52, p. 203-249, jan./fev. 2005.

PRADO, Luiz Régis. **Curso de direito penal brasileiro**: parte geral. Vol. 1. São Paulo: RT, 2002.

SARMENTO, Daniel. Ubiquidade Constitucional: Os Dois Lados da Moeda. *In*: SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel (org.). **A constitucionalização do Direito**: fundamentos teóricos e aplicações específicas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

EXERCÍCIO LEGÍTIMO DA AÇÃO PENAL PÚBLICA, *IN DUBIO PRO SOCIETATE* E EXCESSO DE ACUSAÇÃO

GUILHERME DE SÁ MENEZHIN

1. INTRODUÇÃO

A titularidade da ação penal pública é a função clássica do Ministério Público, que exerce o papel de acusador nos processos penais. Essa atribuição se orienta com a essência da instituição, cujo objetivo é a tutela dos interesses coletivos, conforme lição de Celso Ribeiro Bastos:

O Ministério Público tem a sua razão de ser na necessidade de ativar o Poder Judiciário, em pontos em que este remanesceria inerte porque o interesse agredido não diz respeito a pessoas determinadas, mas a toda a coletividade. Mesmo com relação aos indivíduos, é notório o fato de que a ordem jurídica por vezes lhe confere direitos sobre os quais não podem dispor. Surge daí a clara necessidade de um órgão que zele tanto pelos interesses da coletividade quanto pelos dos indivíduos, estes apenas quando indisponíveis. Trata-se, portanto, de instituição voltada ao patrocínio desinteressado de interesses públicos, assim como de privados, quando merecem um especial tratamento do ordenamento jurídico. (Bastos, 1999, p. 417)

Consagrada no art. 129, I, da Constituição da República (CR/1988), a propositura da ação penal está disciplinada no Código de Processo Penal (CPP, arts. 24 a 62) e, a partir dos princípios compilados pela dogmática, ganhou contornos bem definidos no sistema brasileiro.

Diante da prática de uma infração penal, a organização jurídico-institucional vigente em nosso país determina a apuração dos fatos, geralmente desempenhada pela Polícia Judiciária. Reunidas provas de autoria e materialidade, o profissional que corporifica o Ministério Público – Promotor de Justiça ou Procurador da República –, com base no caderno investigatório, deve propor a denúncia contra o indiciado (também denominado suspeito, denunciado ou investigado).

No célebre comentário de Montesquieu, a figura do

vingador público superou as implicações negativas dos delatores existentes no período romano:

Possuímos hoje uma lei admirável: é esta que determina que o príncipe, estabelecido para fazer executar as leis, coloque um oficial em cada tribunal, para perseguir, em seu nome, todos os crimes: de sorte que a função dos delatores não é conhecida entre nós e, se este vingador público fosse suspeito de abusar de seu ministério, obrigá-lo-íamos a nomear seu denunciante. (Montesquieu, 2005, p. 92)

Em nossa atual ordem democrática, o Ministério Público, por intermédio de seus membros, tem o poder-dever de acusar os sujeitos ativos dos crimes com base nas leis constitucionais, penais e processuais penais que disciplinam o exercício da ação penal. Os seus integrantes, selecionados por concurso público e vinculados a um código ético exigente¹, atuam com imparcialidade, independência e unidade.

Todavia, é possível notar, dentre agastadas e peculiares narrativas, um evidente ensaio doutrinário e jurisprudencial para desqualificar o exercício legítimo da ação penal com a pecha de “excesso de acusação”, comumente denominado *overcharging*.

Essa discussão merece a atenção dos estudiosos do processo penal, pois a acusação, formulada com apoio no instrumental probatório preambular, não pode ser confundida nem subsumida pela decisão final do processo. Se a decisão não acolhe totalmente uma denúncia, é porque, na interpretação do órgão julgador, não foram comprovados fatos relacionados à integralidade da acusação, sem que isso possa significar abuso por parte do órgão acusador.

Para enfrentar esse dilema, nesse breve estudo, será empregado o método dogmático, na esteira dos ensinamentos de Zaffaroni e Pierangeli:

¹ Os membros do Ministério Público brasileiro estão entre os mais regrados do mundo, com normas de conduta explícitas na Constituição da República (arts. 37, 127 a 130-A), nas leis orgânicas nacionais e estaduais (Lei n. 8.625/1993, Lei Complementar do Estado de Minas Gerais n. 34/1994) e em resoluções publicadas pelo Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP), além de um cipoal de atos normativos infralegais emitidos pelas corregedorias e conselhos dos diversos ramos ministeriais.

Atualmente o método mais difundido no saber penal é o *dogmático*, a tal ponto que se costuma identificar a “ciência penal” com a “dogmática penal”. A exposição do método dogmático foi mérito do jurista alemão Rudolf von Jhering (1818-1892), surgindo no âmbito do direito privado.

Traduzido numa forma mais sintética, o método dogmático consiste numa análise da letra do texto, em sua decomposição analítica em elementos (unidades ou dogmas) e na reconstrução destes elementos em forma coerente, tudo o que produz como resultado uma construção ou teoria. A denominação de “dogmática”, devida a Jhering, tem um sentido metafórico, porque o intérprete não pode alterar esses elementos, devendo respeitá-los como “dogmas”, tal como lhe são revelados pelo legislador, o que é um princípio básico que deve orientar a tarefa da ciência jurídica: o intérprete não pode alterar o conteúdo da lei. (Zaffaroni e Pierangeli, 2018, p. 156)

Desse modo, serão analisados os princípios da ação penal pública, sua compatibilidade com a denúncia elaborada *in dubio pro societate* e como esse arremate não afeta a desclassificação e aplicação de alternativas penais ao direcionar a questão de fundo para a sentença de mérito.

2. AÇÃO PENAL PÚBLICA E SEUS PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS

A ação penal é o instituto jurídico que consubstancia “o direito de pedir ao Estado-Juiz a aplicação do Direito Penal objetivo. Ou o direito de se pedir ao Estado-Juiz uma decisão sobre um fato penalmente relevante” (Tourinho Filho, 2010, p. 369). Devido às diferenças entre a ação penal pública e a ação penal privada, a doutrina cunhou princípios para cada uma dessas modalidades.

No tocante à ação penal pública, a doutrina enumera seis princípios, a saber: a) legalidade ou obrigatoriedade; b) indisponibilidade; c) intranscendência ou pessoalidade; d) divisibilidade; e) oficialidade, investidura ou autoritariedade; f) oficiosidade.

O princípio da indisponibilidade significa a vedação imposta ao órgão acusador para dispor livremente da ação penal. Conforme Renato Brasileiro de Lima:

Também conhecido como princípio da indisponibilidade, funciona como desdobramento lógico do princípio da obrigatoriedade. Em outras palavras, se o Ministério Público é obrigado a oferecer denúncia, caso visualize a presença das condições da ação penal e a existência de justa causa (princípio da obrigatoriedade), também não pode dispor ou

desistir do processo em curso (indisponibilidade). Enquanto o princípio da obrigatoriedade é aplicável à fase pré-processual, reserva-se o princípio da indisponibilidade para a fase processual.

Como desdobramento do princípio da indisponibilidade da ação penal, o Ministério Público não poderá desistir da ação penal (CPP, art. 42). Por sua vez, segundo o art. 576 do CPP, o Ministério Público não poderá desistir do recurso que haja interposto. Veja-se que o *Parquet* não é obrigado a recorrer, haja vista que os recursos são voluntários (CPP, art. 574, *caput*). Porém, se o fizer, não poderá desistir de recurso que haja interposto. (Lima, 2018, p. 249/250)

Intranscendência alude à impossibilidade de oferecer a denúncia em face de outra pessoa senão aquela que figura como suspeita do delito. Trata-se de desdobramento do princípio da pessoalidade da pena (art. 5º, XLV, da CR/1988).

Divisibilidade, por outro lado, permite ao órgão acusador separar as ações penais, de modo que, havendo provas suficientes contra um coautor ou partícipe, nada obsta a propositura imediata da denúncia contra este, sem prejuízo do processamento dos demais coautores ou partícipes em outra ação penal. Segundo Mirabete:

Fala-se também no **princípio da divisibilidade**, oposto ao princípio da indivisibilidade da ação privada. Por esse princípio, o processo pode ser desmembrado, o oferecimento da denúncia contra um acusado não exclui a possibilidade de ação penal contra outros, permite-se o aditamento da denúncia com a inclusão de co-réu a qualquer tempo ou a propositura de nova ação penal contra co-autor não incluído em processo já sentenciado etc. (Mirabete, 2003, p. 121, grifo no original).

Oficialidade, autoritariedade ou investidura estabelece que a ação penal pública é atribuição exclusiva do Ministério Público e, assim, “somente os membros do Ministério Público estadual ou federal, devidamente investidos no cargo, é que podem exercê-la através da denúncia” (Lopes Jr., 2016, p. 202).

Oficiosidade simboliza a natureza *ex officio* da atuação das autoridades, isto é, em regra independem de provocação, ressalvada a representação ou requisição exigida na ação penal pública condicionada. Seja como for, uma vez provocada, as autoridades policiais e ministeriais conduzem seus trabalhos oficiosamente.

A despeito da importância desse cabedal jurídico, é o princípio da legalidade ou obrigatoriedade o mais importante para os objetivos deste estudo, pois, em última análise, enfeixa todos os princípios.

De acordo com o entendimento majoritário, o princípio da obrigatoriedade ou legalidade significa que o Ministério Público tem o dever de propor a ação penal sempre que se deparar com indícios de autoria e materialidade de uma infração penal. Em outras palavras, presentes as condições da ação penal e a justa causa, o membro do Ministério Público deve propor a denúncia.

Essa conclusão fundamenta o adágio *in dubio pro societate* na fase inicial da persecução penal, isto é, na dúvida o órgão acusador está obrigado a processar o conjecturado autor do crime.

Depreende-se da legislação que esse princípio não está expresso em um dispositivo específico; porém, é uma decorrência da interpretação sistemática e teleológica do ordenamento jurídico.

Na lúcida explicitação de José Frederico Marques:

No Direito brasileiro, apesar de não haver texto explícito sobre o assunto, o que se deduz da sistemática legal é que nêle vigora o chamado “princípio da ação penal obrigatória”.

Nos crimes de ação penal pública, a autoridade policial deve proceder à abertura de inquérito, com tôdas as diligências necessárias, tão logo tenha “conhecimento da prática da infração penal” (Cód. de Proc. Penal, art. 6º). Por outro lado, a omissão da comunicação de crime de ação penal pública é ilícito penal, quando alguém dele teve conhecimento “no exercício de função pública”, ou “no exercício da medicina ou de outra profissão sanitária” (Lei das Contravenções Penais, art. 66). Se a própria *notitia criminis* é obrigatória, em tais situações, como se admitir que deixe de denunciar o promotor que, no exercício de suas funções, recebeu um inquérito policial e pelas de informação sôbre a prática de algum crime? (Marques, 1961, p. 337).

O princípio da obrigatoriedade, contudo, não implica o exercício ilimitado das acusações. É uma outra face da moeda, qual seja, o princípio da legalidade existente no Direito Penal, que delimita explicitamente a atividade dos órgãos persecutórios, que somente podem acusar réus por fatos típicos previstos na legislação penal, vedando-se o emprego, por exemplo, da analogia.

Nelson Hungria destaca a importância de tal princípio na proteção dos direitos individuais, associando-o à sua

feição política:

Princípio da legalidade. A fonte única do direito penal é a norma legal. Não há direito penal vagando fora da lei escrita. Não há distinguir, em matéria penal, entre *lei e direito*. *Sub specie juris*, não existe *crime* “sem lei anterior que o defina, nem *pena* “sem prévia cominação legal”. *Nullum crimen, nulla poena sine praevia lege poenali*. A lei penal é, assim, um *sistema fechado*: ainda que se apresente omissa ou lacunosa, não pode ser *suprida* pelo arbítrio judicial, ou pela analogia, ou pelos “princípios gerais de direito”, ou pelo *costume*. Do ponto de vista de sua aplicação pelo juiz, pode mesmo dizer-se que a lei penal não tem *lacunas*. Se estas existem sob o prisma da *política criminal* (ciência pré-jurídica), só uma nova lei penal (sem efeito retroativo) pode preenchê-las. Pouco importa que alguém haja cometido um fato anti-social, excitante da reprovação pública, francamente lesivo do *minimum* de moral prática que o direito penal tem por função assegurar, com suas reforçadas sanções, no interesse da ordem, da paz, da disciplina social: se êsse fato escapou à previsão do legislador, isto é, se não corresponde, precisamente, *a parte objecti e a parte subjecti*, a uma das *figuras delituosas* anteriormente recortadas *in abstracto* pela lei, o agente não deve contas à justiça repressiva, por isso mesmo que não ultrapassou a esfera da *licitude jurídico-penal*. Os Códigos Penais modernos, segundo um conceito aparentemente paradoxal de VON LISZT, são a “*Magna Charta libertatum*” dos delinqüentes. O princípio central de quase todos êles é o da *legalidade rígida*: o que em seus textos não se proíbe é penalmente lícito ou indiferente. *Permittitur quod non prohibetur*.

Antes de ser um critério jurídico-penal, o *nullum crimen, nulla poena sine lege* é um princípio político (político-liberal), pois representa um anteparo da liberdade individual em face da expansiva autoridade do Estado. Em reação à estatolatria medieval, adotou-o a Revolução Francesa, incluindo-o, em fórmula explícita, entre os *direitos fundamentais* do homem; e somente em retôrno ao ilimitado autoritarismo do Estado pode explicar o seu repúdio nos últimos tempos, como aconteceu na Rússia soviética e na Alemanha de Hitler. ANOSSOW, penalista russo, defendendo a abolição do *nullum cimen sine lege* no Código Penal dos Sovietes, procura apoiá-la no *defensismo* da “escola penal positiva” e argumenta: “o direito não tem a mobilidade da vida, mas não é isso razão para que fatos perigosos fiquem impunes por falta de um adequado artigo no Código Penal”. [...]. (Hungria, 1955, 11/12, grifos no original).

De fato, o princípio da legalidade² corresponde perfeitamente ao exame conjunto das normas penais e processuais penais brasileiras, sendo correlacionado ao *in dubio pro societate* no oferecimento da denúncia e constituindo, ao mesmo tempo, um poder-dever e uma limitação aos membros do Ministério Público.

3. A TESE DO EXCESSO DE ACUSAÇÃO

Na visão dos autores que adotam essa terminologia, o excesso de acusação ocorre quando o acusador qualifica exacerbadamente os fatos ou imputações criminosas na propositura da ação penal. Essa prática, conhecida como *overcharging* no sistema norte-americano, pode acontecer de forma horizontal, quando são imputados fatos típicos adicionais não suportados pelo conjunto probatório, ou vertical, quando o fato é qualificado supostamente de forma mais grave.

Segundo Mathaus Agacci, em artigo disponibilizado no site *Conjur*:

Em terras tupiniquins, mormente no âmbito da operação lava jato, percebemos o início de possível uso do *overcharging* para forçar o acusado a formalizar acordos de delação premiada – verificável, sobretudo, pelo vazamento de mensagens trocadas entre Procuradores da República e o, na época, Juiz Federal Sérgio Moro, realizado pelo site *The Intercept Brasil* – mesmo quando não se tem indícios suficientes de autoria e/ou a prova da materialidade.

Exemplo disso é a – indevida – dupla imputação pelo crime de corrupção e lavagem de dinheiro ao agente público, tema muitíssimo bem explanado em artigo publicado aqui no CONJUR pelo professor Pierpaolo Cruz Bottini; Devassas na vida íntima de familiares de alvos da operação lava jato, durante investigações frívolas. (Agacci, 2019).

Sem adentrar no mérito da sobredita operação, a ideia de *overcharging* não é estranha ao direito brasileiro, pois o próprio CPP possui disposições que apresentam regras para situações similares, mas sem importação de léxico estrangeiro que pode mais confundir do que esclarecer. O art. 419 do CPP permite ao julgador desclassificar a infração penal imputada na denúncia e situa as consequências dessa decisão. Para ilustrar, se o

acusado for denunciado por homicídio (art. 121 do Código Penal – CP) e, após a instrução probatória, o julgador convencer-se de que houve lesão corporal seguida de morte (art. 129, §3º, do CP), remeterá os autos a juiz competente.

A mesma *ratio* se aplica na absolvição de algum dos crimes capitulados na denúncia ou no decote de qualificadoras, seja em processo de competência do Tribunal do Júri, seja em processo da competência de outros órgãos jurisdicionais. Desse modo, não se pode afirmar que inexistente resposta normativa adequada no ordenamento jurídico-penal brasileiro.

Tal discussão granjeia mais importância na medida em que o legislador positiva novas alternativas penais, como o acordo de não persecução penal (ANPP), conforme dispõe o art. 28-A do CPP. Um dos requisitos da ANPP é que o crime perpetrado tenha pena mínima inferior a 4 anos e, assim, a indicação dos fatos e do tipo penal correspondente na denúncia é fundamental para saber se o acusado faz jus ou não ao referido benefício.

Perante essas considerações, eis as perguntas a serem respondidas: o exercício da ação penal pode ser limitado por alegações de *overcharging*? O magistrado deve, automaticamente, remeter os autos ao órgão de revisão ministerial na hipótese de alegação de *overcharging* que implique óbice ao oferecimento de alternativas penais?

4. AÇÃO PENAL PÚBLICA, ABUSO DE DIREITO DE DEFESA E IN DUBIO PRO SOCIETATE

O primeiro problema a ser enfrentado é desmistificar a expressão *overcharging* (“excesso de acusação”). Certos termos assimilam ilusões linguísticas e, para evitar interpretações farisaicas, faz-se necessário relacioná-los contextualmente. O filósofo Ludwig Wittgenstein identificou claramente a existência dessas roupagens na linguagem, que frequentemente disfarçam o pensamento:

A linguagem é um traje que disfarça o pensamento. E, na verdade, de um modo tal que não se pode inferir, da forma exterior do traje, a forma do pensamento trajado; isso porque a forma exterior do traje foi

² A doutrina costuma indicar a transação penal e o ANPP como exceções ao princípio da legalidade ou da obrigatoriedade. Contudo, essas alternativas penais figuram melhor como mitigações do princípio, pois são rigidamente regulados na Lei n. 9.099/1995 e no CPP. Trata-se de tema polêmico, cujo exame extrapolaria os estreitos limites deste artigo, mas, a rigor, a obrigatoriedade em face da preexistência de justa causa criminal desloca-se da oferta da denúncia à prévia tentativa de composição que, se não for alcançada, torna-se obrigatoriedade de ação penal. Em síntese, a obrigatoriedade da persecução penal permanece, seja por meio da composição penal, seja por meio da denúncia.

construída segundo fins inteiramente diferentes de tornar reconhecível a forma do corpo. (Wittgenstein, 1994, 4.002).

Contrapondo-se à aludida expressão o contexto processual brasileiro, ressalta-se que o princípio da obrigatoriedade da ação penal pública impõe ao órgão ministerial o dever de propor a petição inicial acusatória ao deparar-se com a justa causa para o seu exercício. A denúncia “conterá a exposição do fato criminoso, com todas as suas circunstâncias”, nos termos do art. 41 do CPP.

Assim, havendo no inquérito policial ou outro instrumental investigativo (justa causa), indícios de qualificadoras, concurso de crimes e causas de aumento de pena, ainda que não relatados pela autoridade policial, o *Parquet* tem o poder-dever de incluir essas circunstâncias na exordial, associando-se estruturalmente o princípio da obrigatoriedade ao postulado *in dubio pro societate* no oferecimento da denúncia.

O Superior Tribunal de Justiça (STJ) assinalou em múltiplos julgados a incidência do princípio *in dubio pro societate* no ato de recebimento a denúncia, conforme ilustrado pela ementa do acórdão abaixo transcrito:

AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EM HABEAS CORPUS. DIREITO PENAL. SONEGAÇÃO FISCAL. ESTELIONATO. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. DESNECESSIDADE DE CONSTITUIÇÃO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO. SÚMULA 24/STF. NÃO INCIDÊNCIA. PARECER ACOLHIDO. 1. A propositura da ação penal pressupõe a presença de indícios suficientes de autoria e materialidade dos delitos de estelionato e de estelionato previdenciário, os quais foram devidamente sopesados pela instância ordinária quando da denegação da ordem, pois, nessa fase, prevalece o princípio *do in dubio pro societate*, sobretudo porque, para o recebimento da peça acusatória, não se exige prova cabal de todas as afirmações de fato e de direito tecidas na denúncia, pois é suficiente a sua verossimilhança, desde que bem assentada no acervo de elementos cognitivos que subsidiam a acusação (AgRg no RHC n. 130.466/RJ, Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, DJe 15/12/2020). 2. O trancamento da ação penal, na via estreita do habeas corpus, somente é possível, em caráter excepcional, quando se comprovar, de plano, a inépcia da denúncia, a atipicidade da conduta, a incidência de causa de extinção da punibilidade ou a ausência de indícios de

autoria ou de prova da materialidade do delito (AgRg no RHC n. 120.936/RN, Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, DJe 25/6/2020). 3. A parte agravante não reuniu elementos suficientes para infirmar o decisum agravado, o que autoriza a sua manutenção. 4. Agravo regimental improvido. (AgRg no RHC n. 155.733/RS, relator Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, julgado em 22/2/2022, DJe de 25/2/2022.)

Logicamente, se o ato de recebimento da denúncia observa o *in dubio pro societate*, é de se estender essa conclusão ao oferecimento da denúncia, pois não faria sentido o julgador vincular-se a um princípio em teoria mais severo ao réu do que a atuação do órgão acusador.

Nessas condições, se o acusado não atender aos requisitos das alternativas penais (transação penal, suspensão condicional do processo, ANPP), o Ministério Público propõe a denúncia e deve recusar o oferecimento dos referidos benefícios, mediante justificativa apresentada na cota ministerial que acompanha a exordial acusatória.

A defesa tem ampla margem para questionar a descrição e capitulação dos fatos feita na denúncia, visando o reexame do cabimento dos referidos benefícios penais. Contudo, a despeito da lacuna no CPP, não deve o magistrado agir de forma automática, remetendo o feito à instância revisora ministerial com base no simples pedido defensivo. É mais prudente aguardar a instrução processual e definir na sentença a adequação típica.

Essa conclusão decorre de quatro fatores entrelaçados: 1º) a aceitação automática do pleito revisional provocará delongas processuais inadmissíveis; 2º) o pedido exercido na fase postulatória do processo pode configurar abuso de direito processual; 3º) antes da instrução probatória o magistrado não pode adotar um posicionamento sobre os fatos que acarrete pré-julgamento³; 4º) o princípio *in dubio pro societate* deve incidir no exame da defesa apresentada pelo acusado, assim como ocorre no ato de recebimento da denúncia.

De todos esses fundamentos, sobressai a vedação ao abuso de direito processual, derivado de uma integração descomedida das eventuais deficiências de regras explícitas no CPP.

Imagine-se uma denúncia de homicídio com provas

³ Sobre pré-julgamento no exame preambular da imputação: “[...] Mais: feita a imputação, seja pelo Ministério Público, seja pelo particular, o réu deve manifestar-se não só sobre a existência do fato, mas da adequação desse fato a uma norma penal. Os órgãos acusatórios não detêm o poder ou a prerrogativa de escolher a definição jurídica do fato. Essa missão constitucionalmente atribuída ao Judiciário; por isso a defesa há de voltar-se para o ordenamento jurídico, e não para a escolha, eventualmente malsucedida, feita pelo responsável pela acusação. Por último: a hipótese representaria fracionamento temporal da sentença, na medida em que já anunciaria, em boa medida, o convencimento judicial.” (Oliveira, 2009, p. 527/528).

robustas de autoria e materialidade. Na defesa prévia – resposta escrita à acusação, vide arts. 406 e 409 do CPP –, o advogado alega *overcharging*, sustentando que teria ocorrido um furto simples e postula a remessa do feito ao Procurador-Geral de Justiça para avaliar o cabimento de uma ANPP. O acolhimento do pedido importará na esdrúxula suspensão do processo até o exame do pedido *interna corporis* na instituição ministerial, a despeito de sua total carência de fundamento.

O legislador não introduziu a ANPP com a finalidade de criar morosidade processual e tampouco para gerar anfibologias desnecessárias ou impunidade, mas para a realização de uma justiça penal menos interventiva, limitando a aplicação da pena privativa de liberdade aos delitos mais graves. Nesse sentido, é pertinente relembrar a obra de Beccaria:

Quanto mais rápida for a aplicação da pena e mais de perto acompanhar o crime, tanto mais justa e útil será. Mais justa, porque evitará ao acusado os cruéis tormentos da dúvida, tormentos supérfluos, cujo horror para ele aumenta na razão da força de imaginação e sentimento de debilidade. (Beccaria, 2009, 61/62).

Vale dizer que o direito deve ser interpretado racionalmente, evitando-se consequências paradoxais. Carlos Maximiano ressalta que à ciência jurídica repugna conclusões exegéticas absurdas e que resultem contrárias ao fim colimado pela norma:

Deve o Direito ser interpretado inteligentemente: não de modo que a ordem legal envolva um absurdo, prescreva inconveniências, vá ter a conclusões inconsistentes ou impossíveis. Também se prefere a exegese de que resulte eficiente a providência legal ou válido o ato, à que tome aquele sem efeito, inócua, ou este, juridicamente nulo.

Revela acrescentar o seguinte: “É tão defectivo o sentido que deixa ficar sem efeito (a lei), como o que não faz produzir efeito senão em hipóteses tão gratuitas que o legislador evidentemente não teria feito uma lei para preveni-las”. Portanto a exegese há de ser de tal modo conduzida que explique o texto como não contendo superfluidades, e não resulte um sentido contraditório com o fim colimado ou o caráter do autor, nem conducente a *conclusão física ou moralmente impossível*. (Maximiliano, 1988, P. 136).

Em harmonia com os argumentos acima expostos, a jurisprudência nacional repele o abuso de direito em todas as esferas normativas. O Código de Processo Civil (CPC) de 2015 contém dispositivos expressos sobre o assunto (arts. 5º, 77 e 80) e, no processo penal, a jurisprudência consolidou entendimentos que situaram limites ao exercício de direitos processuais.

A doutrina destaca o princípio da lealdade ou da boa-fé processual, que veda a utilização de estratégias desonestas para provocar nulidades e depois argui-las. Segundo Renato Brasileiro de Lima:

Nenhuma das partes pode arguir nulidade a que haja dado causa, ou para a qual tenha concorrido (CPP, art. 565, 1ª parte). Apesar do silêncio da lei, entende-se que tal vedação alcança não apenas as hipóteses em que estiver comprovada a má-fé, ou seja, o dolo da parte em produzir a nulidade para, posteriormente, dela se beneficiar, como também aquelas situações em que a parte laborou com culpa (v.g., negligência processual). (LIMA, 2018, p. 1619)

Na mesma linha, o STJ reconheceu a inadmissibilidade da “nulidade de algibeira”:

AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. INTEMPESTIVIDADE AFASTADA. RECONSIDERAÇÃO DA DECISÃO DA PRESIDÊNCIA. EMBARGOS À EXECUÇÃO JULGADOS IMPROCEDENTES NA ORIGEM. EMENDA À INICIAL PARA JUNTADA DO COMPROVANTE DE ENTREGA DA MERCADORIA. POSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE INTIMAÇÃO PARA MANIFESTAÇÃO SOBRE DOCUMENTOS. SUSCITAÇÃO TARDIA. PRECLUSÃO. NULIDADE DE ALGIBEIRA. AGRAVO INTERNO PROVIDO. RECURSO ESPECIAL NÃO PROVIDO. 1. Segundo entendimento desta Corte, a ausência de intimação deve ser alegada na primeira oportunidade que a parte interessada tiver de se manifestar nos autos. A suscitação tardia da nulidade, somente após a ciência de resultado de mérito desfavorável, configura a chamada nulidade de algibeira, manobra processual que não se coaduna com a boa-fé processual e que é rechaçada pelo Superior Tribunal de Justiça. 2. Nos termos da jurisprudência deste Tribunal Superior, ainda que apresentados embargos do devedor, cumpre ao magistrado determinar a emenda da inicial, permitindo ao exequente a juntada do comprovante da entrega da mercadoria. Precedentes. 3. Agravo interno provido para conhecer do agravo e negar provimento ao recurso especial. (AgInt no AREsp n. 1.734.523/RJ, relator Ministro Raul Araújo, Quarta Turma, julgado em 16/8/2021, DJe de 16/9/2021.)

Entretanto, pode-se objetar que o “excesso de acusação” operaria em prejuízo ao acusado, que estaria impossibilitado de usufruir de uma ANPP. Porém, essa alegação não procede, pois o sistema penal brasileiro confere tratamento jurídico apropriado a esse dilema.

Na eventualidade do magistrado, após a instrução processual, decidir condenar o acusado em delito menos grave, qualificando a conduta do acusado em tipo penal que torna admissível, v.g., a ANPP, caberá ao juízo competente remeter os autos do Ministério Público para

avaliar o cabimento do benefício penal. Obviamente, no julgamento do mérito, é que o magistrado deverá orientar-se pelo princípio *in dubio pro reo*.

Dessa maneira, mantém-se a acusação indene até a prolação da sentença e, mesmo assim, não há impossibilidade ou prejuízo para a oferta da ANPP ao final do processo. A respeito, o STJ decidiu recentemente:

PENAL. HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. ART. 33, § 4º, DA LEI 11.343/2006. TEXTO LEGAL. CARGA HERMENÊUTICA POLISSÊMICA. PRINCÍPIO IN DUBIO PRO REO. DEDICAÇÃO CRIMINOSA. INTERPRETAÇÃO RESTRITIVA. LAPSO TEMPORAL EXÍGUO PARA DEDICAÇÃO À ATIVIDADE CRIMINOSA. OCUPAÇÃO LÍCITA COMPROVADA. REQUISITOS DO TRÁFICO PRIVILEGIADO. OCORRÊNCIA. POSSIBILIDADE DE ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL (ANPP). DESCRIÇÃO DOS FATOS NA DENÚNCIA. DESNECESSIDADE. EXCESSO DE ACUSAÇÃO (OVERCHARGING) NÃO DEVE PREJUDICAR O ACUSADO. REQUISITOS PARA PROPOSTA DO ANPP ATENDIDOS. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO E CONCESSÃO DA ORDEM DE OFÍCIO. 1. Nos termos da jurisprudência consolidada do Superior Tribunal de Justiça, os requisitos para a aplicação do tráfico privilegiado devem ser observados de forma cumulativa. 2. O princípio *in dubio pro reo* exige interpretação favorável ao acusado em casos de texto polissêmico. O legislador deveria especificar no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006 se pretendesse incluir pequenos traficantes, como no caso em questão, que lidam com quantidades reduzidas de drogas em comparação às grandes organizações criminosas. O ônus hermenêutico de delimitar situações desfavoráveis ao acusado é do legislador. 3. O tráfico privilegiado busca tratar de forma adequada os não envolvidos em atividades ilícitas e organizações criminosas de grande porte. O período de três meses no tráfico não indica dedicação significativa e duradoura ao crime. A ocupação lícita como radiologista pelo paciente demonstra falta de total dedicação à venda de entorpecentes. 4. Considerando o caráter aberto e vago do conceito de "dedicação às atividades criminosas", impõe-se uma interpretação restritiva, a fim de assegurar a aplicação efetiva do tráfico privilegiado nos casos em que haja uma incompatibilidade entre a conduta do agente e a penalidade prevista para o tráfico comum. 5. A quantidade ou a natureza da substância entorpecente podem fundamentar o afastamento da causa de diminuição de pena do tráfico privilegiado, desde que evidenciem a efetiva dedicação do réu à atividade criminosa. No presente caso, não ficou comprovada tal dedicação do paciente. 6. No precedente do AgRg no REsp 2.016.905/SP, a Quinta Turma do STJ estabeleceu que, em casos de alteração do enquadramento jurídico ou desclassificação do delito, é possível aplicar o ANPP, desde que preenchidos os requisitos legais. Esse precedente reconheceu a aplicação adaptada da Súmula 337/STJ, que prevê

ser cabível a suspensão condicional do processo na desclassificação do crime e procedência parcial da pretensão punitiva. Portanto, se houver a desclassificação da imputação para outra infração que admite benefícios despenalizadores do art. 89, caput, da Lei 9.099/1995, os autos do processo devem retornar à instância de origem para aplicação desses institutos. 7. A situação dos autos segue o mesmo raciocínio, uma vez que foi constatado um equívoco na descrição dos fatos narrados para a imputação do art. 33, caput, da Lei 11.343/2006 (tráfico de drogas) ao acusado. Isto posto, é necessário que o processo retorne à sua origem para avaliar a possibilidade de propositura do ANPP, independentemente das consequências jurídicas da aplicação da minorante do art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006 (tráfico privilegiado) na dosimetria da pena, ou seja, para reduzir a pena. 8. Uma vez reconhecida a aplicação da minorante do tráfico privilegiado, os patamares abstratos de pena estabelecidos na lei situam-se dentro do limite de 4 anos para a pena mínima, previsto no art. 28-A do CPP. Além disso, com a aplicação da minorante neste STJ, o acusado tem direito ao ANPP, mesmo se o Parquet tiver descrito os fatos na denúncia de maneira imperfeita, pois o excesso de acusação (*overcharging*) não deve prejudicar o acusado. 9. No caso dos autos estão presentes os requisitos para proposta do ANPP, quais sejam: 1) confissão formal e circunstanciada; 2) infração penal sem violência ou grave ameaça e com pena mínima inferior a 4 (quatro) anos; e 3) necessidade e suficiente para reprovação e prevenção do crime. 10. Habeas corpus não conhecido, porém concedida a ordem de ofício, a fim de aplicar a minorante do art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006 e determinar a remessa dos autos ao juízo criminal para proceder a intimação do Ministério Público, com vistas a avaliar a proposta de Acordo de Não Persecução Penal (ANPP). (HC n. 822.947/GO, relator Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 27/6/2023, DJe de 30/6/2023.)

Conclui-se que o exame do julgador, ao abalizar ocasional alegação de *overcharging*, precisa pautar-se pela regra de manutenção da inteireza da acusação até o julgamento do mérito, de maneira análoga à súmula 64 do Tribunal de Justiça de Minas Gerais: "Deve-se deixar ao Tribunal do Júri a inteireza da acusação, razão pela qual não se permite decotar qualificadoras na fase de pronúncia, salvo quando manifestamente improcedentes."

Assim, apenas na rara hipótese de absoluta, teratológica e evidente dissociação dos fatos imputados na denúncia com a sua base probatória preambular, é que o magistrado poderá exercer esse juízo e reavaliar a capitulação após a defesa prévia.

De outro modo, a preceito deverá ser a aceitação integral da denúncia até a prolação da sentença, prestigiando-se o princípio da obrigatoriedade da ação penal e seus desdobramentos. Em outras palavras, o juiz deve, ao ponderar a alegação de excesso de acusação na

resposta escrita à acusação, conduzir-se pelo princípio *in dubio pro societate*, da mesma forma que se faz na fase de recebimento da denúncia.

Analogamente, pode-se aplicar o entendimento do seguinte acórdão proferido no Tribunal de Justiça de Minas Gerais, que afastou a alegação de *overcharging* em sede de *habeas corpus*:

HABEAS CORPUS - ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA E LAVAGEM DE DINHEIRO - IMPETRAÇÃO ANTERIOR DE WRIT - APLICAÇÃO DA SÚMULA 53 DESTE TRIBUNAL - CONHECIMENTO PARCIAL DA ORDEM - NEGATIVA DE AUTORIA - MATÉRIA DE MÉRITO - PRISAO PREVENTIVA DECRETADA - PRESENÇA DE FUNDAMENTOS IDÔNEOS CAPAZES DE JUSTIFICAR A CUSTÓDIA CAUTELAR - EXTENSÃO DE BENEFÍCIOS - IMPOSSIBILIDADE - OVERCHARGING - MATÉRIA DE MÉRITO - CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO VERIFICADO. Não se conhece de pedido de habeas corpus que seja mera reiteração de anterior já julgado. Em sede de Habeas Corpus não é possível a análise da conduta delituosa atribuída ao paciente. Atendido ao menos um dos pressupostos do art. 312 do CPP, qual seja a garantia da ordem pública e econômica, conveniência da instrução criminal e aplicação da lei penal, bem como um dos requisitos instrumentais do art. 313 do CPP, deve ser a prisão preventiva mantida, não havendo que se falar em sua revogação. Não restando evidenciado nos autos a indispensabilidade da concessão do benefício pleiteado e, mantidos os requisitos que ensejam o decreto de prisão preventiva, não há que se falar em extensão dos efeitos da medida liminar para concessão da liberdade provisória. (TJMG – *Habeas Corpus Criminal* 1.0000.22.207953-5/000, Relator(a): Des.(a) Edison Feital Leite, 1ª Câmara Criminal, julgamento em 27/09/2022, publicação da súmula em 28/09/2022)

Portanto, o roteiro a ser seguido no exame dessas alegações é a análise perfunctória da justa causa como filtro do princípio do *in dubio pro societate*, inerente ao exercício do ajuizamento da ação penal, de modo a enfrentar na sentença a alegação de excesso de acusação, após o exercício do contraditório e ampla produção probatória.

5. CONCLUSÃO

As inovações doutrinárias, nacionais ou estrangeiras, fazem parte da ciência jurídica e com elas o ordenamento pode aperfeiçoar-se, seja acolhendo, seja rejeitando as novidades.

O chamado “excesso de acusação”, cognominado *overcharging*, adentrou recentemente no vocabulário jurídico nacional e, conforme visto, significaria uma

imputação mais grave daquela que, em tese, se poderia extrair do caderno investigatório.

Contudo, o sistema jurídico brasileiro já contém regras para resolver conjunturas idênticas, o que corrobora o caráter mais simbólico do que autêntico da citada expressão, cujo intuito pode sublevar críticas desnecessárias ao oferecimento da denúncia, que se submete ao princípio da legalidade ou da obrigatoriedade.

Seja como for, o exercício legítimo da ação penal, ainda que permeada de imputações mais severas, deduzidas da interpretação dos elementos coligidos na fase investigatória, não pode ser desqualificada com uma mera alegação destituída de provas em contrário.

O Ministério Público é uma instituição independente, essencial à função jurisdicional e formada por profissionais capacitados, salientando que “em todo o mundo, pois, o Promotor Público é o interprete dos interesses gerais na punição dos criminosos e o responsável directo pela eficácia, pela legalidade e pela humanidade dessa missão.” (Lyra, 1937, 59/60). Logo, deve-se confiar no cumprimento profissional da propositura da ação penal.

A solução engendrada neste estudo aponta para a manutenção da inteireza das capitulações expostas na denúncia, redirecionando para o julgamento do mérito a apreciação aprofundada dos fatos, das provas e dos argumentos, de modo a permitir um julgamento que equalize as relações processuais, sem prejudicar o interesse do acusado na celebração de eventual transação penal, suspensão condicional do processo ou ANPP.

De todo o exposto, o que se quer reafirmar, em suma, é que a mirífica alegação de *overcharging* não pode gerar contrassensos e agravar ainda mais o caos legislativo e processual instalado no Brasil, o que resultaria em ingentes estragos aos interesses da coletividade.

6. REFERÊNCIAS

AGACCI, Mathaus. *O overcharging e o direito de ser bem acusado no processo penal brasileiro*. Conjur, 24 set. 2019. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2019-set-24/mathaus-agacci-overcharging-processo-penal-brasileiro#_ftn6. Acesso em: 3 out. 2023.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito constitucional*. 20ª ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. 2ª ed. Tradução de Torrieri Guimarães. Título original: *Dei Delitti e Delle Pene* (1764). São Paulo: Martin Claret, 2009.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgInt

no AREsp n. 1.734.523/RJ, relator Ministro Raul Araújo, Quarta Turma, julgado em 16/8/2021, DJe de 16/9/2021. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202001857538&dt_publicacao=16/09/2021. Acesso em: 9 out. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no RHC n. 155.733/RS, relator Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, julgado em 22/2/2022, DJe de 25/2/2022. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202103365341&dt_publicacao=25/02/2022. Acesso em: 9 out. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HC n. 822.947/GO, relator Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 27/6/2023, DJe de 30/6/2023. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202301580600&dt_publicacao=30/06/2023. Acesso em: 9 out. 2023.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Habeas Corpus Criminal 1.0000.22.207953-5/000, Relator(a): Des.(a) Edison Feital Leite, 1ª Câmara Criminal, julgamento em 27/09/2022, publicação da súmula em 28/09/2022. Disponível em: https://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaPalavrasEspelhoAcordao.do?numeroRegistro=1&totalLinhas=1&palavras=overcharging&pesquisarPor=ementa&orderByData=2&codigoOrgaoJulgador=&codigoCompostoRelator=&classe=&codigoAssunto=&dataPublicacaoInicial=&dataPublicacaoFinal=&dataJulgamentoInicial=&dataJulgamentoFinal=&siglaLegislativa=&referenciaLegislativa=Clique+na+lupa+para+pesquisar+as+refer%EAncias+cadastradas...&numeroRefLegislativa=&anoRefLegislativa=&legislacao=&norma=&descNorma=&complemento_1=&listaPesquisa=&descricaoTextosLegais=&observacoes=&linhasPorPagina=10&pesquisaPalavras=Pesquisar. Acesso em: 9 out. 2023.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Súmula 64, aprovada pelo Grupo de Câmaras Criminais. Disponível em: < <https://www.tjmg.jus.br/portal-tjmg/jurisprudencia/consulta-de-jurisprudencia/> >. Acesso em: 9 out. 2023.

HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao código penal*. 3ª edição. Volume I. Tomo 1º. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1955.

LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de processo penal*: volume único. 6ª ed. Salvador: Editora JusPODIVM, 2018.

LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

LYRA, Roberto. *Theoria e Prática da Promotoria Pública*. 1ª ed. Rio de Janeiro: Editora Jacyntho, 1937.

MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito processual penal*. 1ª edição. Editora Forense: Rio de Janeiro - São Paulo, 1961, volume I.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1988.

MIRABETE, Julio Fabbrini. *Processo penal*. 17ª ed. ver. e atual. São Paulo: Atlas, 2005.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. *O espírito das leis*. Apresentação Renato Janine Ribeiro; tradução Cristina Murachco. 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005. (Paidéia)

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*. 11ª Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal, volume 1*. 32ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

WITTGENSTEIN, Ludwig. *Tractatus Logico-Philosophicus*. Tradução Luiz Henrique Lopes dos Santos. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 1994.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro: parte geral*. 12ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2018.

A EXPANSÃO DO DIREITO PENAL NO COMBATE A CRIMINALIDADE ORGANIZADA E ECONÔMICA: RETROCESSO OU NECESSIDADE?

ARIENE KATHLEN DE OLIVEIRA BRITO¹
FÁBIO REIS DE NAZARETH²

1. INTRODUÇÃO

A sociedade atual experimenta uma indisfarçável sensação de insegurança frente ao crime. O aumento populacional, a complexidade e a velocidade das relações sociais e o derretimento de conceitos tradicionais servem de mola propulsora a uma sociedade de riscos que ainda não encontrou resposta adequada às demandas por segurança.

Essa sensação de insegurança é potencializada pelos meios de comunicação que, orientados pelo viés econômico, exploram o “polêmico” com pouco compromisso com o verdadeiro. Chega-se ao ponto de se questionar se de fato existe um aumento da criminalidade real que justifique tamanho medo social.

Por outro lado, em paralelo a essa demanda por segurança e proporcionalmente relacionado ao crescimento da criminalidade, nota-se o desenvolvimento de uma moderna criminalidade, engajada em ilícitos de natureza econômica, cujo lucro financeiro é o principal objetivo do delinquente. Desses criminosos, denominados de “colarinho branco”, o Direito Penal tradicional nunca se ocupou; recentemente, tratados internacionais e ordenamentos jurídicos vêm criminalizando condutas até então conhecidas, mas não consideradas relevantes penalmente. Em especial, esses delitos econômicos caminham lado a lado com organizações criminosas que realizam diversas modalidades de crimes distintos, como tráfico de drogas, armas, pessoas etc. A corrupção surge naturalmente na estrutura dessas organizações criminosas, cuja simbiose com o Estado é característica marcante.

O presente estudo procura abordar em um primeiro momento, sob o aspecto criminológico, o surgimento dessa sensação de insegurança enquanto característica de uma

sociedade de riscos e da moderna macrocriminalidade econômica. Ainda sob a inspiração da criminologia crítica, busca-se responder se a criminalização da conduta de ocultar e dissimular o capital de origem ilícita, conhecido como lavagem de dinheiro, seria o instrumento jurídico adequado para o enfrentamento da macrocriminalidade moderna. A resposta para a sensação de insegurança seria, assim, uma expansão do direito penal?

2. GLOBALIZAÇÃO ECONÔMICA

Na década de 1980, o antropólogo brasileiro Darcy Ribeiro (*apud* Zaffaroni, 2007) demonstrou como o poder global sofreu três revoluções significativas durante a Modernidade, que ele convencionou chamar de Revoluções Mercantil, Industrial e Tecnológica. Esses acontecimentos teriam ocorrido em momentos históricos distintos, de forma que a alternância do poder correspondia ao encerramento de um ciclo político e social. Assim ocorreu com o colonialismo, posteriormente com o neocolonialismo e mais recentemente com a globalização.

Para Darcy, as características marcantes na formação sociocultural dos povos é a alternância dos meios de produção e a consequente e natural estratificação da sociedade, que por si só provoca periodicamente novas alternâncias de poder quanto mais avançados forem seus meios de produção.

A história opera, de fato, como uma sucessão de interações competitivas destes componentes dos modos de produção, cada um dos quais, ao se alterar, afeta os demais e lhes impõe transformações paralelas, configurando situações complexas que nunca são rigidamente deterministas nem linearmente

¹ Estagiária de pós graduação do Ministério Público do Estado de Minas Gerais. arienek@hotmail.com.

² Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado de Minas Gerais. fabionazareth@mpmg.mp.br

evolutivas. Uma produtividade humana acrescida, que torne o homem capaz de produzir excedentes sobre o consumo, não conduz à liberdade, mas à escravidão e às guerras de dominação. Estes efeitos sociais constritivos, operando, por sua vez, como um incentivo à criação de formas ampliadas de mutualidade, permite estruturar unidades sociais cada vez maiores, ativadas por dois processos básicos. Primeiro a estratificação da sociedade em classes e, mais tarde, sucessivas reordenações das relações de produção e a correspondentes transfigurações das classes sociais. Segundo a interação conflitiva entre sociedades tendentes a conduzir à dominação das mais avançadas sobre as mais débeis ou atrasadas e a conversão destas últimas em proletariados externos dos núcleos cênicos. (Ribeiro, D., 1978, p. 83-84 *apud* Ribeiro, A., 2011, p. 35)

No contexto global, a alternância dos meios de produção importou em readequação das relações entre as nações, implicando diretamente na formação dos povos ibero-americanos. A transmutação do colonialismo para o neocolonialismo, sob o enfoque da evolução tecnológica, proporcionou uma maior interação entre o Novo e o Velho Mundo. A intensa migração da Europa para a América, provocada pelas hordas de desempregados vítimas da revolução industrial de meados do século XIX em paralelo aos movimentos antiescravagistas que sugestivamente ganhavam corpo e forma na América Latina da época, provocou uma verdadeira invasão de europeus pobres nas recém-abertas economias sul-americanas³, miscigenando os povos e deslocando definitivamente o eixo de poder das metrópoles ibéricas para outros países europeus.

A aproximação entre as nações tornou-se mais perceptível após as grandes guerras do século XX, com o advento das superpotências econômicas e do desenvolvimento tecnológico das comunicações. As distâncias desaparecem e a relação tempo-lugar

ganhou nova equação no contexto mundial. As riquezas ultrapassaram definitivamente as fronteiras dos Estados e a informação se propagou em velocidade recorde por todo o globo terrestre.

Infelizmente Darcy Ribeiro não teve oportunidade de acompanhar esse novo contexto socioeconômico mundial. No entanto, valendo-se das lições do antropólogo brasileiro, Eugenio Raúl Zaffaroni ponderou sobre os feitos da globalização:

[...] lo marca una revolución técnica em las comunicaciones que provoco mayor concentración de capital, perdida de poder de los estados, desplazamientos migratorios, incremento de las disparidades tecnológicas, desempleo, exclusión social y guerras. También aumento la información disponible, las posibilidades de democratización del conocimiento y la integración de países em bloques económicos. (Zaffaroni, 2007, p. 2)

Aglobalização é a reafirmação da teoria evolucionista de Darcy Ribeiro, pois seu conceito, se é que se pode falar em um conceito⁴, cinge-se no deslocamento dos meios de produção causado pelo desaparecimento das fronteiras comerciais e pela difusão das comunicações. O fenômeno da globalização é eminentemente econômico. Silva Sanches (2001, p. 86.) considera a globalização como uma das características definidoras das sociedades pós-industriais e destaca que “en ultima instancia, la globalización de las comunicaciones no es sino un correlato de la globalización de la economía, que hace preciso abaratar los costes de transacción (y requiere, portanto, esa mayor rapidez de comunicaciones)”. Zaffaroni considera a globalização uma faceta contemporânea da dominação das nações subdesenvolvidas pelas superpotências mundiais, diante da supremacia econômica das grandes corporações empresariais que subjugam governos de países subdesenvolvidos e, conseqüentemente, a própria sociedade local⁵.

3 A historiadora Cléia Schiavo Weyrauch, em monografia sobre a colonização alemã, descreve a propaganda neocolonialista feita por grandes senhores de engenho e cafeicultores brasileiros na Europa para angariar novos trabalhadores, no final do século XIX. Entre promessas de terras e facilidades diversas, fantasiava-se um Brasil que não existia. O escravocrata e desbravador brasileiro Teóphilo Benedicto Ottoni, buscando povoar a região do Vale do Mucuri, em Minas Gerais, nomeou a pequena vila lá formada como Nova Philadélphia, vendendo no exterior a imagem de que se tratava de uma símile da homônima norte-americana. Ao chegarem, os novos colonos, na sua maioria alemães, deparavam-se com a fechada Mata Atlântica e diversos conflitos com povos indígenas para garantir a posse das terras prometidas pelo nobre brasileiro. “O turbilhão de esperanças e transformações vivido no século XIX, típico de uma experiência na qual a tecnologia já marcava significativamente o mundo sócio-industrial, levou os homens a pensarem em deslocamentos para além do mar, à procura de novos solos para as suas utopias em um novo mundo onde se fizessem possíveis as realizações pessoais e sociais, sem os obstáculos já por demais conhecidos na Europa. Na cabeça da maioria dos imigrantes, estavam presentes projetos individuais e familiares de melhoria de vida. Na América, decerto, superar-se-ia o desânimo de que estavam tomados esses homens, diante de uma Europa que se reestruturava de forma violenta, com as guerras e seus efeitos de desorganização social e econômica e, além disso, com governos que, através da imprensa, se desnudavam diante de um já significativo público urbano” (Weyrauch, 1997, p. 55-56).

4 Rogério Filippetto (2011, p. 12) ensina que “de início, não se pode buscar uma conceituação rígida para globalização, por ser um fenômeno eminentemente poroso, prestando-se à descrição de diversos fenômenos [...]. Mas há assertivas que permitem fixar contorno básicos como o de se tratar de acontecimentos de matiz econômico, caracterizado pela eliminação das fronteiras e ampliação dos mercados”.

5 “Como la realidad, la ‘globalización’ es un programa de ejercicio del poder mundial. Al colonialismo de la revolución mercantil siguió el neocolonialismo de la revolución industrial y a este sigue la ‘globalización’ de la revolución tecnológica.” (Zaffaroni, 2007, p. 3).

Nesse novo contexto mundial, reafirma-se a hegemonia dos Estados Unidos enquanto potência econômica, política, militar, tecnológica e cultural. Em contrapartida, os estados nacionais perdem representatividade internamente, em virtude da criação de blocos econômicos com imposição de regras comunitárias e mecanismos de proteção conjuntos como a Organização do Tratado do Atlântico Norte e a União Europeia. Outros organismos internacionais, sobretudo com conotação financeira, também contribuem para a diluição do poder interno dos países, como o Fundo Monetário Internacional, o Banco Mundial e o G7 — grupo dos sete países mais ricos do mundo, mais a Rússia. A internet contribui sobremaneira na propagação da informação e da massificação da cultura, sobretudo norte-americana, de forma que se pode falar no surgimento de sistemas democráticos com economias desnacionalizadas, gerando uma perda de identidade pessoal, de nação.

O advento da internet não apenas encurta as distâncias como massifica a informação, tolhendo de solavanco os tradicionais Estados nacionais, inaptos a essa nova modalidade de comunicação social. A massificação da informação, aliada ao empoderamento econômico de grupos paraestatais, faz com que a procura por maiores rendimentos e maiores lucros seja aumentada, diminuindo a capacidade dos Estados de controlar as atividades comerciais. Os Estados, enfraquecidos pela perda da identidade nacional em virtude da globalização e de parcela de sua soberania em razão da criação de blocos econômicos e militares, também sofrem a interferência do poder econômico, solapando estruturas institucionais através da corrupção e da ausência de mecanismos para reagir à velocidade das transformações sociais⁶.

Em paralelo, surgem com maior destaque interesses que extrapolam a esfera do indivíduo, objeto central da tutela jurídica clássica. Os interesses difusos e coletivos, dos quais a doutrina se ocupou a partir da denominada 3ª geração dos direitos fundamentais, caracterizam-se pela multiplicidade de titulares ou mesmo pela impossibilidade de identificação de titulares. Exemplo comezinho é o meio ambiente⁷, eleito pelas nações como direito da pessoa humana e, portanto, objeto de necessária tutela jurídica, inclusive penal. No entanto, na doutrina tradicional penal não havia espaço para a tutela de interesse difuso como

o meio ambiente, menos ainda para a responsabilização da pessoa jurídica, instrumento repressivo considerado de relevância por todos os tratados internacionais sobre o tema.

No que tange especificamente à lavagem de dinheiro e ao caráter econômico dessa moderna criminalidade, pode-se argumentar aprioristicamente a ocorrência de um objeto de tutela difuso, equivalente à ordem econômica nacional ou regional. Silva Sanches, na sua clássica obra sobre expansão do direito penal, aponta essa novel característica da criminalidade orientada pela globalização.

Es, pues, probablemente razonable que el o los responsables de una inyección masiva de dinheiro negro em um determinado sector de la economía sean sancionados penalmente por la comisión de um delito contra el orden económico. Ahora bien, ello no hace, sin más, razonable la sanción penal de cualquier conducta de utilización de pequeñas (o medianas) cantidad de dinheiro negro em la adquisición de bienes o la retribución de servicios. La tipificación del delito de blaqueo de capitales es, em fin, uma manifestación de expansión razonable del Derecho penal (em su núcleo, de muy limitado alcance) y de expansión irrazonable del mismo (em el resto de conductas, de las que no puede afirmarse em absoluto que, uma por uma, lesionen el orden económico de modo penalmente relevante). (Silva Sanches, 2001, p. 26)

Em resumo, no mundo globalizado, os Estados nacionais encontram-se enfraquecidos, cedendo lugar na dança política aos grandes blocos econômicos e às corporações multinacionais. Mais do que nunca se privilegia o poder pelo dinheiro. E nesse ritmo, surge uma nova sociedade, pós-industrial, tecnológica, conectada, e, com ela, novos interesses, novos direitos, novos riscos.

3. “MODERNO” DIREITO PENAL

Nesse novo contexto mundial, a sociedade pós-industrial difere em essência daquela que serviu de base para construção do que se pode chamar direito penal atual. Ainda que marcadamente patrimonialistas, os

⁶ Acentua o penalista argentino que “estos fenómenos acentúan la estratificación social, promueven el hundimiento de los sectores médios, polarizan la distribución de la renta, desbaratan la previsión social, reducen la inversión em programas sociales, impiden que estos lleguen a sus destinatários y fortalecen la vigencia de ideologías políticas autoritarias y discriminadoras” (Zaffaroni, 2007, p. 2-3).

⁷ Apesar do primeiro tratado internacional sobre direito ambiental ser datado de 1972, oriundo da Conferência de Estocolmo daquele ano, já nas décadas de 1940 e 1950 o tema da poluição tinha repercussão internacional, tendo sido criados naquela época alguns organismos internacionais despersonificados como o Union of Conservation of Nature (UICN) e o World Wildlife Found (WWF) (Fonseca, 2007).

movimentos sociais libertários dos séculos XVII e XVIII, inspirados pelo iluminismo e pela necessidade de reação contra o poderio do Estado, inspiraram o surgimento de um direito penal marcado pela fragmentariedade e minimalismo, ainda que não se tenha, na maioria dos ordenamentos jurídicos, alcançado na prática a totalidade desse discurso.

Nilo Batista (1990, p. 19-20), se referindo ao nascimento do direito penal com base em concepções jusnaturalistas da época da ilustração europeia, assinala que

[...] mesmo os penalistas chamados de 'clássicos', tão próximos de um processo histórico no qual foi oportuno extrair da razão conteúdos jurídicos 'naturais', percebiam às vezes esse caráter prático. Carrara, desenvolvendo os elementos de sua famosa definição de crime, ao deter-se no 'dano político' assinalava que o direito penal (em sentido subjetivo) é atribuído ao estado 'como meio de mera defesa da ordem externa, não para o fim de aperfeiçoamento interno. [...] O direito penal existe para cumprir finalidades, para que algo se realize, não para a simples celebração de valores eternos ou glorificação de paradigmas morais.⁸

Após o período entre guerras, a transformação social operou com tamanha velocidade que o direito penal clássico não conseguiu acompanhar as mudanças sociais, sobretudo diante do surgimento de novos bens jurídicos e novos riscos sociais, ocasionando uma sensação generalizada de insegurança e um crescente processo de vitimização social (Silva Sanches, 2001, p. 26)⁹.

Uma série de novos direitos e interesses podem ser relacionados para demonstrar a razão da evolução (ou expansão) do direito penal para protegê-los, seja no âmbito objetivo da criminalização de novas condutas, seja no âmbito subjetivo, para incluir novos sujeitos na etiqueta de criminosos, como as pessoas jurídicas. No entanto, o que se constata é que essa tendência por uma expansão da tutela penal decorre muito mais de uma sensação generalizada de insegurança do que propriamente da necessidade de tutela de novos direitos. Evidentemente que não se pode dissociar uma coisa da outra. A crescente insegurança social está intrinsecamente relacionada com a massificação da informação e a globalização

da economia, que resultou no aparecimento de novos interesses.

Impõe-se, portanto, em qualquer estudo de matiz penal, a verificação dos motivos que provocam essa sensação de insegurança. Poder-se-ia concluir facilmente que a sensação de insegurança decorre do aumento da criminalidade e do surgimento daquilo que se convencionou chamar de criminalidade organizada. Contudo, este estudo parte do pressuposto criminológico apontado por Zaffaroni e Silva Sanches de que o aumento quantitativo de crimes decorre, em verdade, de um sentimento de incremento da criminalidade em virtude de outros fatores sociais que merecem ser estudados. No mesmo sentido, o próprio conceito de crime organizado não é facilmente obtido, pois vulgarmente inclui-se nessa expressão toda e qualquer ação minimamente agrupada com conotação econômica, com o único viés de justificar uma mitigação do garantismo penal em prol do "combate" ao inimigo.

O que se propõe neste capítulo é o estudo das condições psicossociais que vêm determinando uma mudança no enfoque criminológico da política criminal, justificando uma maior criminalização de condutas e a retomada do discurso de lei e ordem. As bases para esse estudo estão lançadas: a globalização econômica, a massificação da informação e o surgimento de novos interesses jurídicos. Outrossim, não é de difícil percepção que as relações jurídico-sociais atualmente, inclusive aquela existente entre o indivíduo e o Estado, estão bem mais sedimentadas e elaboradas do que há cem anos, conferindo um maior grau de segurança, seja pelo reconhecimento da necessidade de se assegurar direitos fundamentais, seja pela evolução tecnológica que trouxe maior rapidez na resposta estatal, maior estabilidade nas relações comerciais, mais acesso à educação formal e aos meios de comunicação e melhor qualidade de vida, redundando em um aumento progressivo da expectativa de vida. A própria construção democrática do mundo ocidental, ainda que não seja um processo linear, vem conferindo uma maior participação política e social dos indivíduos e, sobretudo, mais respeito às liberdades públicas.

Em resumo: é muito mais fácil viver hoje do que no início do século XX, quando Franz Von Liszt (*apud* Roxin,

⁸ O mestre carioca assinala ainda que "o jusnaturalismo foi a teoria jurídica da burguesia revolucionária, que procurava destruir os privilégios e distinções do mundo (e, portanto, do direito) medieval, bem como inserir o monarca dentro da esfera de novas relações jurídicas, através dos princípios 'naturais' da igualdade formal e da universalidade do direito".

⁹ No mesmo sentido, Rogerio Filippetto (2011, p. 14) cita que "[...] há um descompasso entre essa evolução (social) e a do Direito. De um lado, tem-se o desaparecimento das fronteiras da economia, em contrapartida, não há a correspondente mundialização do Direito e das técnicas de tutela."

2012, p. 1)¹⁰ proferiu sua célebre frase: “o Direito Penal é a barreira intransponível da política criminal” (Roxin, 2012, p. 1), delimitando até onde o Estado poderia intervir na liberdade do indivíduo sob o argumento do combate à criminalidade. A pergunta que se impõe, portanto, é se de fato houve um incremento da criminalidade para justificar uma expansão do direito penal, como apregoado por Silva Sanches e que desemboca na criminalização da lavagem de dinheiro.

Bebendo na fonte do sociólogo polonês Ulrich Beck, o jurista espanhol Silva Sanches define a sociedade pós-industrial como sociedade de riscos, caracterizada por um marco econômico cambiante e pelo surgimento de novas tecnologias em velocidade nunca antes vista em toda a história¹¹. A proximidade proporcionada pela globalização econômica trouxe também a maior possibilidade de propagação de danos sociais em larga escala, comprometendo um número indeterminado de pessoas a partir de decisões humanas sobre fatos específicos e individuais. No campo da economia, sobretudo, essa maior vulnerabilidade global é sentida, sendo inúmeros os casos de comprometimento de setores econômicos e até de sistemas nacionais em virtude de fatos individualmente praticados em uma parte isolada do mundo. Desde a quebra da Bolsa de Nova York em 1929 até a recente crise hipotecária norte-americana, pessoas do mundo inteiro estão conectadas e sujeitas, de algum modo, a riscos inerentes à sociedade tecnológica. Em paralelo às fraudes econômicas de viés global, a *ciberdelinquencia* pode ser identificada atualmente como modalidade específica de delito que compromete estruturas econômicas e até políticas em qualquer parte do globo, assim como o terrorismo e as atividades de financiamento de grupos terroristas.

Esses riscos não se aplicam somente aos aspectos econômicos, mas também aos de ordem sanitária. Por exemplo, quando se descobriu uma epidemia da gripe por vírus H1N1, o maior receio da comunidade internacional era a rápida disseminação do vírus em virtude do tráfego aéreo de pessoas. Do mesmo modo, as questões ambientais envolvem direta e indiretamente todos os países, podendo provocar a médio prazo o desaparecimento de sociedades inteiras, como no caso das Ilhas Maldivas, sujeitas a terem seu território completamente submerso em virtude do aumento do nível dos oceanos.

Quanto maior o desenvolvimento tecnológico, menor a relação tempo-espaço e maiores os riscos sociais. Esses riscos estão diretamente relacionados com atividades humanas. Conforme Silva Sanches, são “riesgos de procedencia humana como fenômeno social estrutural”, portanto, inerentes à sociedade atual, à qual o direito, inclusive o direito penal, deve se adequar para garantir, quando necessária e na medida da necessidade, proteção jurídica. O descompasso entre a realidade e o direito causa o que Ferrajoli denominou de vazio do direito público. Apesar da notoriedade da velocidade das transformações tecnológicas e sociais, ainda se opera um direito pré-medieval, derivado da origem romana do direito *per formulas*, burocrático, limitado, sem a menor condição de acompanhamento real das mutações sociais.

A tecnologia trouxe avanços, mas também impôs uma complexidade nas relações sociais nunca antes vista. Cada vez mais os indivíduos, isoladamente, dependem da ação de outros indivíduos, e vice-versa, em uma verdadeira interdependência inconsciente. Veja como exemplo o trânsito de uma grande cidade. Por mais que individualmente sejam observadas todas as regras de trânsito, persiste de maneira inconsciente que os demais motoristas também observarão as mesmas regras, de forma que, sem isso, sem essa percepção inconsciente do desconhecido, seria impossível conduzir um veículo automotor com um mínimo de segurança. Assim ocorre no trânsito e, numa análise aprofundada, em todo e qualquer ato da vida cotidiana. Criou-se uma complexa rede de interdependência inconsciente entre os indivíduos.

O aumento da população urbana, sobretudo nos grandes centros, redonda em uma gama indeterminável de relações interpessoais firmadas diariamente, em um ritmo de vida bem mais acelerado, provocado pelos imperativos mercadológicos de qualidade e ganho.

A essas alterações no modo de vida das pessoas, que se operaram desde final do século passado, deve-se acrescentar outro viés pernicioso da globalização econômica. Segundo Silva Sanches, a lógica do mercado atual privilegia pessoas sem vínculos familiares que possam transitar livremente de um local do globo para outro em busca do melhor negócio. Esse viés de crescimento individual fragiliza as relações familiares, marginalizando aqueles que, na concepção tradicional

¹⁰ Sobre a secular afirmação de Von Liszt, Roxin explica que “a frase caracteriza, de um lado, o direito penal como ciência social e, de outro, como ciência jurídica. Neste caráter dúplice de sua recém-fundada ‘ciência global do direito penal’ corporificavam-se, para Liszt, tendências contrapostas. À política criminal assinalava ele os métodos racionais, em sentido social global, do combate à criminalidade, o que na sua terminologia era designado como a tarefa social do direito penal, enquanto ao direito penal, no sentido jurídico do termo, competiria a função liberal-garantística de assegurar a uniformidade da aplicação do direito e a liberdade individual em face da voracidade do Estado Leviatã”.

¹¹ Segundo Silva Sanches (2001, p. 27), citando Beck, a sociedade de riscos é “una sociedade em que los riesgos se refieren a daños no delimitables, globales y, com frecuencia, irreparables; que afectan a todos los ciudadanos; y que surgen de decisiones humanas”.

clássica, seriam o exemplo do homem médio.

Por fim, o último elemento da moderna sociedade global apontado por Silva Sanches e também referido por Zaffaroni, sendo, para este, o principal elemento para o incremento da sensação de insegurança, é a massificação das comunicações, que não necessariamente acompanha a qualidade da informação. Em outras palavras, apesar do maior acesso aos meios de comunicação, existe uma dificuldade de se obter informações fidedignas, o que aumenta a insegurança social. Em especial, constata-se atualmente uma exploração midiática do crime, sobretudo de natureza violenta, o que alimenta um sentimento de insegurança. A rápida e massificada disseminação da informação, fidedigna ou não, facilita a capilaridade desse sentimento em proporções nunca vistas. Um arrastão na praia de Copacabana causa o mesmo temor ao carioca residente naquele bairro e ao seringueiro dos rincões da Amazônia que assiste boquiaberto ao noticiário nacional. Crimes são transmitidos praticamente em tempo real e não é raro pessoas quedarem paralisadas em frente a vitrines de lojas de aparelhos domésticos para assistirem às cenas de rescaldo de um atentado terrorista na Europa. A violência tornou-se real e iminente, aumentando a sensação de insegurança que já seria própria da sociedade moderna.

Pode-se resumir, portanto, a sociedade pós-industrial a três características que provocam um crescimento da desorientação pessoal: a) a dificuldade de adaptação ao ritmo acelerado de vida provocado pela revolução dos meios de produção e comunicação causada pela globalização; b) a dificuldade de obtenção de informações fidedignas, gerando inseguranças, nada obstante o bombardeio diário com informações de todas as espécies; e c) a fragilização das relações familiares em virtude da nefasta lógica mercadológica globalizada. Esta sociedade tecnológica, mas recoberta de novos riscos, Ulrich Beck denominou de sociedade de riscos. Numa acepção filosófica, Zygmunt Bauman nominaria essa nova fronteira da sociedade como modernidade líquida em

virtude do derretimento dos parâmetros sociais clássicos e da elevação do indivíduo em todo o seu potencial, para ser o que conseguir ser mediante suas próprias forças¹².

Diante desse espectro ainda indecifrável a nível do indivíduo sobre os novos riscos criados pela sociedade moderna, Silva Sanches (2001, p. 36-37) conclui que o resultado é a criação de um sentimento de insegurança, não necessariamente real ou acompanhado de fato por uma crescente criminalidade ou ineficiente resposta penal.

[...] la medida de la inseguridad sentida por los ciudadanos se corresponda de modo exacto con el grado de existencia objetiva de riesgos difícilmente controlables o, sencillamente, incontrolables [...] que les afecten personalmente y de modo inmediato. [...] la vivencia subjetiva de los riesgos es claramente superior a la propia existencia de los mismos. Expresado de otro modo, existe una elevadísima sensibilidad al riesgos.¹³

Para Zaffaroni, esse sentimento é nutrido pelos meios de comunicação, que exploram e potencializam o medo do indivíduo frente ao crime, favorecendo o que ele denomina de mito do crime organizado (Zaffaroni, 2007, p. 5).

Insere-se no contexto social a figura do medo em sentido genérico. O medo do outro, do próximo, o medo do que não se vê. O medo como componente natural de uma sociedade de riscos previsíveis e imprevisíveis, para os quais o Estado não tem condições de encontrar a resposta adequada. Klaus Gunther, analisando a figura do medo no Estado Democrático de Direito, demonstra o grau de insegurança, midiática ou real, em que vivem os europeus nos dias atuais, sobretudo em função do receio dos atentados terroristas, que vem provocando uma releitura do próprio conceito de liberdade, deixando a clássica tônica burguesa do século XVIII por uma nova roupagem de empoderamento do Estado em prol da

12 Segundo Bauman (2001), a sociedade moderna caracteriza-se pela fluidez de suas estruturas, uma vez que os parâmetros sólidos da sociedade moderna foram abalados e, de certo ponto, desacreditados após a revolução tecnológica. O indivíduo ganhou poder próprio, enquanto elementos basilares da sociedade tradicional, como família, Estado e trabalho, foram questionados e sublevados a uma posição de questionamento e, por que não dizer, enfrentamento. Nas palavras do filósofo alemão: “São esses padrões, códigos e regras a que podíamos nos conformar, que podíamos selecionar como pontos estáveis de orientação e pelos quais podíamos nos deixar depois guiar, que estão cada vez mais em falta. Isso não quer dizer que nossos contemporâneos sejam livres para construir seu modo de vida a partir do zero e segundo sua vontade, ou que não sejam mais dependentes da sociedade para obter as plantas e os materiais de construção. Mas quer dizer que estamos passando de uma era de ‘grupos de referência’ predeterminados a uma outra de ‘comparação universal’, em que o destino dos trabalhos de autoconstrução individual [...] não está dado de antemão, e tende a sofrer numerosa e profundas mudanças antes que esses trabalhos alcancem seu único fim genuíno: o fim da vida do indivíduo.”

13 Acrescenta o penalista espanhol que atualmente vivemos uma formação cultural e social pouco tolerante à frustração, citando, para tanto, interessante passagem inspirada em artigo publicado no periódico El País: “El desarrollo de la técnica há inducido una mentalidade según la cual el hombre puede dominar todas las cosas del mundo humano. Pero el hombre de hoy está poco preparado para ‘sufrir’; cualquier dolor es interpretado como um estímulo para poner los remedios adecuados com el fin de evitarlo o quitarlo. Cuando esse dolor es inevitable, el hombre se siente desconcertado. Por esto se puede decir que em este tempo, em nuestro mundo superdesarrollado, el hombre tiene muchos menos Dolores que hace años, pero tiene mucho más sufrimiento”.

defesa de todos contra um inimigo invisível, oscilante e imprevisível (Gunther, 2014, p. 11).

Sob o império do medo, as pessoas dos mais diversos níveis sociais se igualam e passam a uma condição que Silva Sanches denominou de sociedade de sujeitos passivos (Silva Sanches, 2001, p. 42), na qual todos são vítimas, reais ou em potencial, do sentimento comunitário de insegurança, sobretudo diante do delito. A globalização e a massificação da informação trouxeram uma mudança psíquica no inconsciente comum da sociedade, deslocando o foco do receio da violência do Estado, própria dos movimentos libertários oitocentistas, para o receio da violência do indivíduo, restaurando-se o interesse coletivo por um incremento do poder estatal em prol da proteção de todos. Klaus Gunther (2014, p. 4) adverte que “quando atualmente a fala é ‘medo no Estado de Direito’, o seu sentido mudou. Pensa-se não em medo de Estado demais, mas em medo de Estado de menos”¹⁴.

A imediata reação da sociedade frente ao medo é exigir do Estado uma atuação penal incisiva, abandonando os movimentos clássicos de restrição do direito penal em busca de uma flexibilização de garantias e rigidez no combate ao delito (Filippetto, 2011, p. 17). Por sua vez, os Estados, enfraquecidos diante do contexto sem fronteiras da globalização, alvejados pela força econômica das grandes corporações e, nos países periféricos, pelo poderio geopolítico das potências mundiais, oferecem à sociedade aquilo que se tem como resposta mais rápida, que é a intensa criação legislativa penal e o discurso do endurecimento do combate ao crime, agora tido como organizado¹⁵. Inverte-se a perspectiva tradicional do direito penal, de limitação do poder estatal frente ao indivíduo, ganhando corpo o discurso ultranacionalista de endurecimento frente ao crime, inclusive com releituras,

no âmbito normativo e até dos tribunais, de garantias fundamentais. *Verbi gratia* a inclusão na maioria das declarações de direitos do período pós-guerra de um direito fundamental à segurança¹⁶.

Percebe-se claramente a utilização, nos dias atuais, do direito penal ou das chamadas políticas de segurança pública como instrumentos de proteção da sociedade contra o crime. Essa crescente legislação penal caminha em paralelo com a relativização de garantias fundamentais, sempre sob o enfoque midiático da imprensa pouco comprometida com a realidade. Leonardo Sica, citado por Rogério Filippetto, anuncia o surgimento de um direito penal de emergência, caracterizado pela criação de novos tipos penais (panpenalismo), pela administrativização do direito penal e pelo surgimento de medidas premiais para criminosos que auxiliem no trabalho investigativo (Filippetto, 2011, p. 23). Esse aumento do poder do Estado pelo Direito inclui também os métodos investigativos, introduzindo como finalidade do direito penal a prevenção do crime, de forma a permitir uma relativização do direito à liberdade e à intimidade. A própria noção de tortura é revisitada, segundo Klaus Gunther (2014, p. 4) ao citar o caso da prisão de Guantánamo.

O discurso da segurança pública ou da defesa do indivíduo através do direito penal decorre de um revigoramento do Direito como instrumento de defesa do indivíduo. Todavia, diferentemente do que ocorreu nas revoluções burguesas, o inimigo não é mais o Estado, mas o próprio indivíduo. Em prol da sua segurança, remodelando as teorias contratualistas de Rousseau e John Locke, o indivíduo toleraria novamente empoderar o Estado com instrumentos ofensivos à liberdade contra o perigo generalizado? Klaus Gunther (2014, p. 5) vai mais além e questiona:

14 Para o criminólogo alemão, comentando sobre a alteração sobre o foco do medo na sociedade pós-industrial, “é esta dinâmica psíquica que fundamenta a profunda estrutura do debate atual acerca da adequada relação entre liberdade e segurança. A estrutura social-psicológica do Estado Democrático de Direito é até agora pouco pesquisada. Sabe-se que uma forma de vida de liberdade assegurada expande o espaço de ação, mas também produz novos medos, o ‘temor da liberdade’. Quando é que a liberdade do temor converte-se em temor da liberdade?”

15 Na opinião de Zaffaroni, a globalização é um mal que deve ser combatido, sobretudo por impor as ideias liberais das potências econômicas mundiais, em prol de um capitalismo selvagem que mantém os países periféricos, sobretudo a América Latina, como meros fornecedores de matéria prima e, atualmente, mercado consumidor em larga escala. Na sua visão eminentemente marxista sobre o fenômeno da globalização não faltam críticas à criminalização do que convencionou-se chamar de crime organizado, principalmente por entender que se trata de uma reação pueril frente ao sentimento midiático de crescimento da criminalidade. O penalista argentino escreve que “los políticos sin poder para proveer soluciones estructurales – a causa del debilitamiento de los estados nacionales –, por temor, por incapacidad o por oportunismo, optan por reducir su discurso a propuestas de mayor represión o securismo interno, apostando a la destrucción de toda racionalidade em la legislación penal y vendendo la ilusión de soluciones mediante tipos penales nuevos, penas más largas, menores garantias frente al poder punitivo estatal y, sobre todo, menores controles sobre las agencias policiales y de inmigración. Esta manipulación publicitaria de la opinión pública – fomentada por organizaciones emergente com gran espacio publicitario – es el actual securismo interno o ideologia de la seguridad urbana”.

16 A nossa Constituição da República de 1988, no *caput* do art. 5º, traz expressamente o direito à segurança como um dos cinco direitos fundamentais básicos do indivíduo. Essa previsão é de extrema relevância se considerarmos que o artigo 144 prevê a segurança pública como dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, nominando as polícias como as responsáveis pelo exercício desse dever. Apesar da aparência salutar da norma constitucional, essa resposta do nosso constituinte está imbuída do imediatismo da resposta penal, fazendo confundir-se política de segurança com segurança pública, o que abre uma enorme brecha para a relativização de direitos fundamentais pelos órgãos denominados de segurança em prol da defesa do cidadão. Já se fala no Brasil, atualmente, em diferenças entre métodos de prova criminal e métodos de inteligência criminal, sendo que a estes não seriam aplicáveis as limitações constitucionais como os sigilos bancários e de telecomunicações.

A forma de vida livre de um Estado Democrático de Direito exige de suas cidadãs e de seus cidadãos uma maior proporção em medos que um sistema autoritário que regula e controla cada expressão da vida? Ou será que a dinâmica política das democracias modernas com novas ansiedades gera também um clamor por segurança crescente, que não se deixa jamais satisfazer, mas produz sempre novas inovações e medidas que continuam a restringir as liberdades civis?¹⁷

Na opinião de Silva Sanches (2001), Gunther Jakobs (*apud* Gunther, 2014) e Winfried Hassemer (2014), o direito penal deve converter-se em instrumento de defesa da sociedade, deixando de ser apenas a “Magna Carta do Delinquente”, na clássica concepção de Von Liszt, para se tornar também a “Magna Carta da Vítima”, instrumento do Estado contra o inimigo. De outro lado, Eugenio Raul Zaffaroni sustenta que esse medo não existe de fato, pois foi criado e fomentado pela mídia controlada por organismos orientados pelo domínio do dinheiro, de forma a revelar não um elemento social real, mas uma falsa sensação de insegurança, não se justificando qualquer tentativa de expansão do direito penal (Zaffaroni, 2007).

A discussão sobre o efeito do medo na legislação penal e em sua aplicação merece ser aprofundada, sobretudo para viabilizar a análise das razões que justificariam o surgimento desse medo nas sociedades latino-americanas, ainda carentes de um estudo mais pormenorizada. Contudo, não é essa a finalidade deste trabalho. De qualquer forma, pode-se concluir que existe uma tendência europeia de expansão do direito penal com mitigação de garantias processuais e materiais em defesa da sociedade contra o inimigo, o que Silva Sanches denominou de segunda e terceira velocidades do direito penal e Gunther Jakobs chamou de direito penal do inimigo. Nesse contexto, surge a criminalização das organizações criminosas e da lavagem de dinheiro enquanto mecanismo de repressão e prevenção do crime, conforme se demonstrará nos capítulos seguintes.

4. MACROCRIMINALIDADE ECONÔMICA ORGANIZADA

Após o período entre guerras, já sob os auspícios da sociedade pós-industrial e globalizada, começa a ganhar força um conceito novo¹⁸ no direito penal: o de crime organizado. Todavia, no início, referido conceito tem uma conotação muito mais vulgar do que se imagina. Considera-se como crime organizado toda e qualquer atividade criminosa relacionada a determinados delitos considerados relevantes, como tráfico de drogas, corrupção e tráfico de armas. Não necessariamente as quadrilhas que praticam esses crimes são organizadas; ao contrário, a experiência demonstra que até hoje a desorganização e o improvisado são as marcas preponderantes desses bandos que se reúnem, ainda que com alguma frequência, para o cometimento de crimes.

Durante muitos anos, a legislação brasileira fazia referência ao crime organizado, inclusive como delito antecedente para a lavagem de dinheiro, mas não havia uma definição típica dessa conduta. O conceito técnico de crime organizado começa a ser esboçado com a Convenção das Nações Unidas sobre o Crime Organizado Transnacional, a Convenção de Palermo, datada de 2000 e incorporada no ordenamento jurídico brasileiro pelo Decreto 5.015, de 12 de março de 2004. Todavia, a definição refere-se à organização de pessoas e não necessariamente ao crime organizado, denotando que, assim como o delito de quadrilha ou bando, o elemento referencial relevante na definição de crime organizado é o subjetivo, sendo completamente indiferente o elemento objetivo. Nesse sentido adverte Guaracy Mingardi (2007), logo após discursar sobre a organização criminosa que comanda o tráfico de drogas no estado de São Paulo:

Nas outras modalidades a situação é similar, como nos roubos e furtos de veículos que, na maioria dos

17 Respondendo a essas e outras indagações, o autor cita diversos autores, sobretudo alemães: “Para Frankenberg, contudo, persiste nessa mudança somente a ameaça original, que já adveio sempre de um Estado de Direito que solta suas amarras e que, em uma medida errônea entre liberdade e segurança, encontra expressão distorcida de política de direito, distorcendo a comunicação pública. [...] a expressão ‘direito penal do inimigo’, marcada pelo Professor de direito penal de Bonn Gunther Jakobs, parece reagir a esses medos. Ainda que o ‘medo’ não seja uma categoria jurídica, mesmo assim a formação de termos jurídicos – e, em sequência, a práxis estatal que nela se legitima – é dominada pelo medo. Winfried Hassemer sustenta, ao contrário, que a transformação das regras estatais para reações estatais ao perigo em um direito de defesa contra o perigo institucionalizado é irreversível. Prevenção contra perigos seria uma atitude legítima do Estado. Seria errado ignorar os medos da população ou de Torre de Marfim acadêmica. Uma democracia não poderia deixar-se fechar para esses medos. Entretanto, não segue daí que a prevenção poderia ultrapassar todos os limites. Herfried Munkler vai atrás das causas daqueles medos. A estratégia terrorista de levar uma guerra de assimetricamente é determinada por um cálculo da criação sistemática de medo nas populações das comunidades atingidas. Não se trata da aniquilação de pessoas específicas, nem do acordar de terceiros interessados em potencial, que deveriam se solidarizar para com os terroristas, mas sim de criação de medo em massa por meio das inúmeras aniquilações de vítimas quaisquer. Nas sociedades modernas ocidentais, que cultivam virtudes pós-heróicas, o impacto psicodinâmico desses atentados multiplicou-se. Um Estado Democrático de Direito, que não reaja a isso na medida certa, atesta justamente o perigo de uma reação exagerada e histórica.”

18 Sofia Matos de Alves Azambuja (2013, p. 25) noticia que “a criminalidade organizada antecede a era da globalização, havendo registros históricos que indicam que os traços destes fenômenos, no mundo ocidental, remontam aos tempos das quadrilhas de contrabandistas que atuavam na França, sob o comando de Louis Mandrin (rei dos contrabandistas) condenado em 1755 sob o reinado de Luís XV. Os piratas franceses e ingleses dos séculos XVII e XVIII se organizaram para exercer a criminalidade da época em larga escala”.

casos, são feitos por quadrilhas comuns. Existem, porém, organizações criminosas especializadas em roubo de veículos. A mesma coisa ocorre com outros tipos de crime, como o contrabando, que pode ser praticado por um indivíduo, uma quadrilha ou uma organização criminosa. Portanto, não é a modalidade do crime que identifica a existência de crime organizado. O que define são algumas características que o tornam diferente do crime comum.

No conceito apresentado pela Convenção de Palermo, organização criminosa seria:

grupo estruturado de três ou mais pessoas, existente há algum tempo e atuando concertadamente com o propósito de cometer uma ou mais infrações graves ou enunciadas na presente Convenção, com a intenção de obter, direta ou indiretamente, um benefício econômico ou outro benefício material.

Nota-se no conceito uma preocupação com a finalidade econômica da organização criminosa, a ponto de a doutrina elencar como elemento diferenciador do crime de quadrilha a existência de um planejamento empresarial¹⁹.

Adotando um conceito bem menos rígido e até simplório, a legislação especial brasileira optou por outra forma de diferenciação do crime de organização criminosa, conforme art. 1º da Lei 12.850/13.

Considera-se organização criminosa a associação de 4 (quatro) ou mais pessoas estruturalmente ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas, ainda que informalmente, com objetivo de obter, direta ou indiretamente, vantagem de qualquer natureza, mediante a prática de infrações penais cujas penas máximas sejam superiores a 4 (quatro) anos, ou que sejam de caráter transnacional.

Nota-se no tipo brasileiro a expressão “organização de pessoas estruturalmente ordenada, ainda que informalmente”. Ora, trata-se de um conceito extremamente aberto, sem definição palpável ao nível do homem médio. Relega-se ao arbítrio do julgador o poder de decisão muito grande sobre considerar uma reunião de pessoas como quadrilha ou organização criminosa. Merece ressalva nesse aspecto que na Itália, uma das fontes internacionais da legislação de combate ao crime organizado, o conceito de organização criminosa leva em

consideração um elemento normativo de caráter subjetivo denominado elemento mafioso, ou seja, a reunião de pessoas com as características tradicionais das máfias italianas, como a organização familiar.

Nada obstante o esforço de alguns doutrinadores em tentar diferenciar o crime de quadrilha do delito de organização criminosa, o fato é que, do ponto de vista ontológico, não existe uma diferença substancial, palpável. A própria finalidade lucrativa está eminentemente ligada a uma e outra espécie criminosa, e a expressão “atuação concertada” trata-se de um conceito aberto que permite um sem-número de interpretações. Nesse sentido, merece referência a crítica feita por Zaffaroni (2007, p. 2) à sana punitiva que grassa o mundo desde o advento da globalização:

[...] el crimen organizado es un concepto de origem periodístico, que nunca alcanzó una satisfactoria definición criminológica, pero que se traslado a la legislación penal y procesal penal para aumentar el ejercicio del poder punitivo respecto de un conjunto de delitos no bien delimitado, lo que pretende configurar un derecho penal diferenciado y com menores garantías para um ámbito delictivo sin delimitación. Su idea más aproximada está dada por la criminalidad de mercado, abarcando desde todos los tráficos prohibidos hasta el juego, la prostitución, las diferentes formas de comercio sexual, la falsificación de moneda y los secuestros extorsivos.

Se do ponto de vista penal a definição jurídica do crime de organização criminosa guarda as dificuldades ontológicas acima, do ponto de vista criminológico existem justificativas palatáveis para se ampliar a tutela penal, nada obstante a opinião de Zaffaroni. Deveras, a globalização é de fato o momento histórico em que a sociedade pós-industrial foi assolada por um sentimento de medo coletivo, provocado por riscos inerentes ao novo sistema e potencializados pela massificação da informação, conforme estudado acima. Adicione-se a esse fato o aumento da densidade demográfica dos grandes centros urbanos, fazendo definitivamente a transição da sociedade ocidental do campo para as cidades. Nesse panorama, pode-se verificar dois tipos de criminalidade que assolam a sociedade e merecem um tratamento penal próprio, conforme Silva Sanches (2001, p. 82): “a criminalidad cajellera o de massa e a criminalidad económica”²⁰. A primeira seria a criminalidade tradicional, praticada sobretudo contra bens individuais e

19 Guaracy Mingardi (2007) elenca cinco elementos para diferenciar organizações criminosas das quadrilhas: a) hierarquia; b) previsão de lucros; c) divisão do trabalho; d) planejamento empresarial; e e) simbiose com o Estado.

20 Para Antonio Scarance Fernandes (2008, p. 2), também citado por Rogerio Filippetto, poder-se-ia falar em criminalidade grave, violenta e não organizada, dirigida a bens jurídicos individuais; criminalidade grave, violenta ou não, não organizada, dirigida a bens jurídicos coletivos ou difusos; e a criminalidade organizada, cujas características para o autor repousam nas referências às máfias italianas e americanas.

praticados pelos criminosos previamente etiquetados pelo direito penal clássico, mas cuja quantidade aumentou consideravelmente diante do panorama urbano pós-globalização, em paralelo e proporcionalmente à “cifra negra” de delitos dessa natureza. A criminalidade econômica seria uma nova fronteira criminosa surgida com a globalização, apresentando como características principais o caráter econômico e transnacional. Possuem uma estrutura empresarial organizada, com divisão de tarefas e, eventualmente, remuneração formal de membros que não chegam a praticar delitos diretamente, agindo apenas em alguma fase da lavagem de dinheiro ou na contabilidade do grupo. São verdadeiras empresas voltadas à prática de delitos como negócio e cujos criminosos não se enquadram na etiqueta tradicional, tratando-se, em regra, de pessoas abastadas, com educação formal e, eventualmente, pertencentes à elite política e econômica. Enquadram-se nessa modalidade de delito as grandes organizações voltadas ao tráfico de drogas e de armas, ao financiamento do terrorismo e a fraudes econômicas que importem evasão de divisas, sonegação fiscal e corrupção. O estreito e ilícito relacionamento com autoridades públicas também é característica marcante dessas organizações, tornando difícil apuração, punição e desmantelamento desses organismos criminosos.

Historicamente, pode-se demonstrar a evolução dessa moderna criminalidade, justificando uma política criminal específica. A criminalidade econômica, em última análise, surgiu sob inspiração das máfias²¹ italianas e americanas, que apresentavam características semelhantes, pois se tratava de grupos de criminosos, que praticavam crimes comuns, como tráfico de drogas e armas, e desenvolveram mecanismos peculiares de lavagem de dinheiro. Sofia Alves de Melo Azambuja enumera as máfias mais conhecidas no mundo desde o século XVI, merecendo referência específica para demonstração da evolução das características da criminalidade. A primeira e mais conhecida máfia italiana é a Cosa Nostra, que tem como base a região da Sicília, escolhida em 2000 para sediar a Convenção Contra

o Crime Organizado. Operava crimes como tráfico de drogas e armas, além de corrupção e influência política. Na década de 1980, foi o principal alvo das operações de combate à máfia na Itália, a partir da prisão e delação do mafioso Tomaz Buschetta no Brasil, tendo resultado na prisão ou morte da maioria de seus líderes. Deve-se mencionar que, no início da década de 1990, quando ainda investigavam os crimes da máfia italiana, os magistrados Giovanni Falcone e Paolo Borsellino foram assassinados por integrantes da facção criminosa, demonstrando o grau de periculosidade da quadrilha.

Na Itália ainda são referenciadas como máfias a Camorra, da região de Nápoles, a Sacra Corona Unita, da Apúlia, e a N’dranghta, da Calábria. As três organizações, atuantes nos dias de hoje, seguiram o modelo globalizado e extrapolaram os limites territoriais da Itália, tendo repercussão na Europa Central, no Sudeste Europeu e na Rússia, praticando crimes de tráfico de drogas, armas e pessoas. Relativamente a N’dranghta, atualmente considerada a maior das máfias italianas, existem referências de que a organização criminosa esteja se expandido para a América do Sul através de modelos de cooperação com organizações criminosas latinas, como o Primeiro Comando da Capital, no Brasil.

São famosas as Tríades chinesas e a Yakuza japonesa como modelos mafiosos orientais que vêm ganhando espaço no ocidente, sobretudo na Rússia²² e nos Estados Unidos, praticando tráfico de drogas e de pessoas e exploração da prostituição e de mão de obra ilegal. São caracterizadas pela intervenção em atividades econômicas mediante extorsão de grandes multinacionais, jogos ilegais e financiamento político.

No Brasil, apenas para referência, são conhecidos quatro grupos organizados surgidos nos ambientes carcerários, voltados ao tráfico de drogas: Comando Vermelho, Amigos dos Amigos, Primeiro Comando da Capital e Terceiro Comando.

21 O termo máfia tem origem na Itália e refere-se à resistência de famílias italianas a tentativas reiteradas de invasões francesas no século XIII. O termo na verdade é uma sigla que significa “*Morte alla Francia, Italia Aperta*” (Azambuja, 2013). Importante destacar que a origem do termo como elemento de identificação de famílias italianas, sobretudo da região da Sicília, justifica a principal característica das máfias sicilianas do século XX, vinculadas estruturalmente através do chamado elemento mafioso, conceituado como a vinculação familiar dos criminosos na associação. Wilson José Spinelli Andersen Ballão (2007, p. 18) noticia que “a máfia italiana surgiu em 1812 como uma sociedade secreta criada pelos senhores feudais. Em 1865, tornou-se aliada dos príncipes no combate às dinastias espanholas e francesas que ocupavam o trono de Nápoles na época. No ano de 1893 a palavra máfia passou a ser utilizada para designar os camponeses sicilianos que se revoltaram contra Roma. Até então a máfia não era um empreendimento criminoso. Contudo, foi no início do século XX que surgiu a máfia como é conhecida nos dias de hoje. Naquela época, milhares de famílias de Púglia, Calábria, Sicília e de outras regiões da Itália foram obrigadas a emigrar por conta da pobreza. A máfia tornou-se então a organização de autodefesa dos imigrantes vítimas da discriminação. Influenciados pelo modelo capitalista americano, os novos chefões da máfia surgidos no pós-guerra vão se interessar pelos mercados de imóveis, transporte marítimo, importação, exportação e bancos. É neste momento que ocorre então a criminalização da máfia”.

22 A Rússia surge como um dos principais destinos de remessa de dinheiro de organizações criminosas para fins de lavagem. Segundo Wilson José Spinelli Andersen Ballão (2007, p. 17), “aproximadamente 5.700 grupos mafiosos controlam 70% do setor bancário da Rússia, assim como a maior parte das exportações de petróleo, gás natural e outros recursos naturais do país”.

Atualmente, provocando o aumento da sensação de medo e insegurança no ocidente, deve-se referir ao surgimento de organizações com viés terrorista, como o Estado Islâmico e a Al Qaeda, que destoam das quadrilhas acima por não terem diretamente a finalidade de lucro. No entanto, qualquer organização terrorista necessita produzir riquezas para conseguir levar a cabo seu desiderato principal, razão pela qual indubitavelmente essas quadrilhas estão vinculadas a algum tipo de criminalidade tradicional organizada e à lavagem de dinheiro.

O estudo das máfias e dos grupos terroristas demonstra que um elemento dessa moderna criminalidade é a necessidade de produzir lucro e, de alguma forma, tornar lícito o produto do crime, sendo, por isso, ponto de convergência em todos os casos, por mais distintos que sejam os fins da quadrilha, o viés econômico e, por consequência, o crime de lavagem de dinheiro. À guisa de ilustração, Wilson José Spinelli Andersen Ballão (2007) menciona que a máfia italiana, considerada de maneira global, movimentava aproximadamente 50 bilhões de dólares por ano. Além disso, possui mais de 100 bilhões de dólares em patrimônio imobilizado. Para tanto, as organizações criminosas desenvolvem complexos sistemas de lavagem de capital ilícito, inclusive mediante constituição de empresas lícitas, tornando essa modalidade criminosa moderna bem diversa daquela tradicional, objeto da codificação oitocentista. Outra característica dessas organizações é a inevitável simbiose com o poder público através de métodos corruptivos das autoridades policiais, sobretudo, mas também de autoridades políticas, provocando uma instabilidade política e econômica nos países menos estruturados.

Apresentados esses contornos básicos, pode-se chegar a um conceito de organização criminosa pelas suas características peculiares. Zaffaroni, citado por Rogério Filippetto (2011, p. 37), afirma:

[...] tratar-se de um empreendimento permanente, para obter proveito com atividades ilícitas; utiliza-se de violência real ou aparente; de corrupção de funcionários públicos e da existência de outras peculiaridades, ainda não totalmente determinadas,

como a presença de códigos secretos e o monopólio de serviços.

Em complemento ao conceito do criminólogo argentino, pode-se elencar quatro requisitos para configuração do fenômeno jurídico da organização criminosa: a) estrutural (número mínimo de agentes); b) temporal (durabilidade do vínculo associativo); c) finalístico (intuito de lucro); e d) conjuntural (organização empresarial para lavagem de dinheiro).

A delinquência pós-globalização difere substancialmente daquela que foi objeto da codificação clássica do direito penal, marcadamente elitista e voltada à criminalidade de massa (*criminalidad callejera*). Os novos delinquentes não são mais os marginalizados etiquetados pela elite da qual emanam as normas penais. Rogério Filippetto menciona uma releitura do *labeling approach*²³, desviando o foco dos chamados *crimes of the powerless* (crimes dos despossuídos) para os *crimes of the powerful* (crimes dos poderosos) (Silva Sanches, 2001, p. 83). A moderna criminologia deve-se preocupar com delitos que não encontram resposta penal adequada no âmbito da doutrina tradicional, uma vez que abarcam bens jurídicos nunca antes tutelados e atingem pessoas que comumente estavam à margem da incidência da norma penal.

Em regra, a potencialidade lesiva da criminalidade organizada é superior à criminalidade de massa, dada a possibilidade de ruptura institucional e econômica aliada ao próprio sistema de retroalimentação da atividade delitativa ordinária da organização criminosa (Azambuja, 2013, p. 28). No entanto, diante da massificação dos meios de comunicação²⁴, mais comprometidos com os índices de audiência do que propriamente com a realidade dos fatos, a criminalidade de massa é a que gera maior sensação de insegurança social, aumentando o nível de medo que faz crescer o coro por uma reação mais contundente do Estado.

En realidad, es discutible que la macrocriminalidad organizada (paradigmáticamente, el gran narcotráfico, el blanqueo de capitales, el tráfico de armas, etc) sea, per se, fuente de inseguridad para el ciudadano

23 Segundo Felipe Dantas de Araújo (2012, p. 6): “o etiquetamento formula sua tese central de que o desvio e a criminalidade não são uma qualidade intrínseca da conduta ou uma entidade ontológica pré-constituída à reação social e penal, mas uma qualidade (etiqueta) atribuída a determinados sujeitos por meio de complexos processos, formais e informais, de interação social, definição e seleção. [...] A criminalidade se revelaria, principalmente, como um status atribuído a determinados indivíduos mediante um duplo processo: a tipificação, ‘definição’ legal de crime, que atribui à conduta o caráter criminal (criminalização primária) e a ‘seleção’ que seleciona e etiqueta determinado indivíduo como criminoso (criminalização secundária) entre todos aqueles que praticam tais condutas e não são revelados (a chamada cifra negra).”

24 Sobre a utilização dos meios de comunicação para expandir o controle de classes mais baixas através do Direito Penal, Zaffaroni (2007, p. 4) faz a seguinte advertência, em crítica forte e contumaz à política expansionista dos EUA: “El sistema (penal norteamericano) se publica mundialmente mediante: (a) el bombardeo continuo de noticias policiales sangrientas; (b) comunicadores sociales com discurso securista vindicativo; (c) series que se exportan al mundo y se doblan a todas las lenguas (comunicación de entreterimientos) que instalan que los mejores son policiaes psicopatas que hacen caso omisso de formalidades y que todo conflicto se resuelve por represión o por violencia eliminatória”.

individual e incluso objeto de la preocupación del mismo. Éste, en general, carece de perspectiva sobre la macrocriminalidad, la cual sólo le alcanza de modo muy indirecto como sujeto pasivo. Sin duda, le preocupa más – generándole mayor inseguridad – la criminalidad callejera masificada (más o menos violenta), enqueña y mediana gravedad. [...] Sea como fuere, la superposición del interés individual en combatir la criminalidad callejera masificada unido al interés estatal en combatir la criminalidad organizada establecen el perfecto caldo de cultivo de la expansión. (Silva Sanches, 2001, p. 83)

A advertência acerca da sensação de insegurança encontra relevância no risco de se reduzir garantias penais relativas aos *crimes of the powerless* em prol da eficiência da resposta penal aos *crimes of the powerful*. A macrocriminalidade de massa não deve ser o foco da expansão do direito penal que se descortina, pois já se encontra devidamente estudada e abarcada pela dogmática clássica. A releitura da criminologia e da própria teoria do tipo, avançando inclusive sobre garantias fundamentais, como será visto, justifica-se exclusivamente nas hipóteses da criminalidade realmente organizada, como medida preventiva e repressora de organizações criminosas que têm o condão de atingir um número indeterminado de pessoas, seja pela ofensa a bens jurídicos difusos ou coletivos, seja pela capacidade de gerenciar um esquema de produção de ofensas individuais em massa. Nesse prisma, o combate à lavagem de dinheiro surge como o melhor e mais eficiente mecanismo de repressão à macrocriminalidade organizada.

5. DIREITO PENAL: VELOCIDADES

O advento de uma moderna criminalidade econômica e organizada, para a qual o direito penal clássico não está devidamente adaptado, sobretudo diante da ocorrência de novos bens jurídicos e do caráter transnacional dos delitos, impõe a constatação, com base em Silva Sanches (2001), de duas espécies de criminalidades distintas: a) criminalidade de massa ou *callejera*, que também é referida como *crimes of the powerless* e b) criminalidade organizada ou econômica, nominada como *crimes of the powerful*.

Silva Sanches sugere a criação de uma gradação do direito penal através do que se convencionou chamar de velocidades do direito penal. A primeira velocidade seria a tradicional, garantista, aplicada à *criminalidad callejera*, através da qual a obrigação do jurista deve ser sempre de buscar a limitação do poder do Estado sobre o indivíduo diante do já inevitável etiquetamento. Nessa velocidade, o direito penal deveria manter-se fragmentário e seletivo, garantindo ao suspeito o respeito a todos os direitos e garantias individuais.

Todavia, a segunda velocidade do direito penal seria aplicável à criminalidade econômica, moderna, permitindo-se uma certa relativização das garantias e a administrativização do direito penal através da criminalização de condutas que originariamente não seriam propriamente ofensivas a bens jurídicos relevantes, como a lavagem de dinheiro. A segunda velocidade, para Silva Sanches, parte do reconhecimento da existência de situações sociais reais e inevitáveis, como a existência de riscos sociais modernos, a vitimização da sociedade e a necessidade de ampliação do direito penal para se buscar uma resposta mínima a esses fatos. No entanto, adverte o jurista espanhol que essa relativização de garantias somente deve ser aplicada quando tratar-se de sanções penais não privativas da liberdade.

En efecto, la disminución de garantías y de rigor dogmático podrían explicarse (e incluso legitimarse) en el Derecho penal contemporáneo si ello fuera el correlato de la generalización de sanciones pecuniarias o privativas de derechos, o – más aún – de la reparación penal (en los casos en que esta pudiera acogerse) en lugar de las penas privativas de libertad. (Silva Sanches, 2001, p. 154)

Apenas em casos extremos, quando caracterizado o elemento subjetivo que Jakobs nominou como inimigo²⁵, seria possível uma relativização maior de garantias, redundando numa terceira velocidade do direito penal.

Dessa relativização de garantias fundamentais, Hassemer dissentiu profundamente. Sem negar a necessidade de se empregar um caráter funcionalista ao direito penal, orientado pela política criminal moderna, o doutrinador alemão critica veementemente a forma como se vem utilizando o direito penal contra o perigo. Escrevendo sobre o tema do medo no Estado Democrático de Direito, Hassemer (2014) reconheceu

²⁵ Segundo Silva Sanches (2001, p. 164), de acordo com o manuscrito de Jakobs: “el enemigo es un individuo que, mediante su comportamiento, su ocupación profesional o, principalmente, mediante su vinculación a una organización, há abandonado el Derecho de modo supuestamente duradero y no sólo de manera incidental. Em todo caso, es algien que no garantiza la mínima seguridad cognitiva de su comportamiento personal y manifiesta este déficit a través de su conducta. Las características del Derecho penal de enemigos serían entonces, siempre según Jakobs, la amplia anticipación de la protección penal, esto es, el cambio de perspectiva del hecho pasado a uno venidero; la ausencia de una reducción de pena correspondiente a tal anticipación; el tránsito de la legislación jurídico-penal a la legislación de lucha; y el socavamiento de garantías procesales”.

que a sociedade atual se caracteriza pela desorientação normativa e pelo medo do crime, o que provoca uma necessidade de controle do risco pelo direito penal. No entanto, mesmo sendo a prevenção uma finalidade da pena, o tratamento penal da moderna criminalidade não poderia abdicar da totalidade das garantias penais e dos limites da intervenção, por ser o crime, em última análise, uma desvalorização social-ética.

Hassemer, Silva Sanches e Jakobs, ainda que discordem quanto ao resultado, acordam sobre o motivo. Reconhecem o medo enquanto elemento indissociável da sociedade moderna e o fato de que o direito penal não pode simplesmente fechar os olhos para essa realidade. A demanda social por segurança deve ser objetivo do direito penal. Citando Hassemer (2014, p. 7),

[...] uma teoria, que negligencia realidades, porque crê que estas são irracionais e inadequadas, não vale nada, mas principalmente porque a promoção de segurança sem dúvida é um objetivo do direito penal até quando esse direito penal se dedica ao paradigma preventivo; melhoramento de criminosos, escarmento e estabilização de normas da generalidade servem para minimizar crimes e entendem como objetivos indiscutíveis da pena o direito penal também como produtos de segurança. Em seu geral rumo à segurança, o direito penal moderno e o direito de defesa contra o perigo, portanto, não divergem.²⁶

Noutro diapasão, Zaffaroni (2007), Alessandro Baratta (2016)²⁷ e Frankenberg (2014) não consideram real o sentimento de medo que grassa a sociedade atual, culpando elementos incidentais como os meios de comunicação e os grupos terroristas por difundirem uma sensação de insegurança que não corresponde a um aumento da criminalidade que justifique alteração na dogmática penal. Adotando uma postura criminológica crítica²⁸, os autores advogam a desnecessidade de qualquer expansão do direito penal e, ao contrário, a

reafirmação de sua natureza fragmentária e de *ultima ratio*.

Entre o expansionismo e o reducionismo, diante do contexto atual, deve-se privilegiar o primeiro, haja vista que o direito penal moderno não pode mais andar em descompasso com a política criminal. A antiga noção liberal, reverberada por Von Listz, de que o limite da política criminal seria o direito penal já não encontra respaldo na ideia de funcionalismo penal. Coube a Roxin, na clássica palestra proferida na Universidade de Berlim, em 13 de maio de 1970, posteriormente transformada em livro, demonstrar que

[...] deve ser reconhecido também no direito penal – mantendo intocadas e completamente íntegras todas as exigências garantísticas – que problemas político-criminais constituem o conteúdo próprio da teoria geral do delito. O próprio princípio *nullun-crimen* possui, ao lado de sua função liberal de proteção, a finalidade de fornecer diretrizes de comportamento; através disto, torna-se ele um significativo instrumento de regulação social. (Roxin, 2012, p. 14-15)

Deveras, o direito penal não pode cerrar os olhos para o anseio social por uma resposta penal mais efetiva do Estado, o que não significa, em nenhuma hipótese, relativização de garantias e de limites de intervenção, nem mesmo nas hipóteses de sanções diversas da prisão. O direito penal clássico e sua função garantística são uma conquista histórica da sociedade e não podem, em hipótese alguma, serem mitigados, ainda que sob o pretexto da defesa ou da proteção contra o inimigo, sob pena de se restaurarem regimes de ofensas a direitos fundamentais anteriores ao iluminismo.

Entretanto, não pode o direito penal ficar alheio às transformações sociais, devendo receber e tratar, no contexto de um direito penal constitucional (Hassemer, 2014), a demanda por maior segurança. Trata-se da

26 Complementando, Hassemer afirma que “os meios, porém, de como realizar isto fazem a diferença e afetam o *proprium* (garantias penais e limites de intervenção) do direito penal; enquanto um direito de defesa contra o perigo faz da criação de segurança o seu objetivo diretamente, o direito penal pode criar a segurança só indiretamente: por trás da resposta constante e adequada ao crime, na esfera da reação que mantém liberdade e proporção”.

27 Para o criminólogo espanhol, “esta visão universalizante do delito e da reação punitiva é um elemento constante de toda a criminologia liberal contemporânea. Os fenômenos, historicamente condicionados, do desvio e do controle penal deste, antes de serem interpretados, no seu real conteúdo, à luz de determinadas relações socioeconômicas em que se inscrevem, são hipostatizados como elementos de uma concepção genérica e formal da sociedade” (Baratta, 2016, p. 57).

28 A criminologia crítica desenvolveu-se a partir do movimento sobre o direito crítico, cuja principal finalidade seria contestar o positivismo, demonstrando que o direito não pode estar desconectado de outros ramos do conhecimento. Kelsen, quando escreveu a Teoria Pura do Direito, baseado na separação feita por Kant entre direito e moral, buscou desenvolver uma teoria que demonstrasse a autonomia da ciência jurídica, cujos princípios e postulados seriam próprios, não tendo que buscar elementos em ciências sociais como sociologia ou filosofia. O fundamento de validade das normas era a constituição, e não o substrato social. Nesse contexto, a teoria crítica do direito, sob inspiração do marxismo, buscou romper com esse absolutismo *kelseniano*. Sobretudo no Brasil dos anos 1970, com Luiz Fernando Coelho, a teoria crítica transformou o positivismo em algo negativo. Sob esse prisma, a criminologia crítica, também inspirada por ideologia marxista, foi construída sob o alicerce do *labelling approach*, buscando demonstrar que na verdade o crime não existe, sendo a norma penal um instrumento da elite que detém o poder legiferante para manter o *status quo* e a dominação sobre as camadas mais pobres da população.

utilização do direito penal enquanto mecanismo de defesa da sociedade, o que se convencionou chamar de direito penal utilitarista. O fundamento dessa assertiva é o caráter funcionalista do direito penal, trazendo a este trabalho, ainda que brevemente, a discussão sobre a finalidade da pena.

Afirma-se que o direito penal deve agir de maneira preventiva para garantir segurança (ou ao menos reduzir a sensação de insegurança) à sociedade. O descrédito da pena de prisão, causado pela notória incapacidade de ressocialização da maioria dos sistemas penitenciários do mundo, provocou a superação do direito penal liberal e do próprio finalismo de Hans Welzel. Hodiernamente, pode-se afirmar que a doutrina diverge entre a finalidade de estabilização da norma de Jakobs e a pretensão de proteção de bens jurídicos de Roxin para justificar a intervenção penal. Em ambas as hipóteses, diga-se desde já, tem-se concepções funcionalistas do direito penal, entendendo o sistema jurídico-criminal e social como um todo, cuja finalidade da pena, em última análise, deve ser buscada nos efeitos causados enquanto meio de modulação de condutas sociais²⁹.

Silva Sanches e Rogério Filippetto adotam a corrente de Jakobs para justificação da pena, segundo a qual a missão do direito penal e, por conseguinte, da pena privativa de liberdade seria garantir a estabilidade do próprio sistema jurídico penal, ampliando-se o conceito tradicional de prevenção geral. Por essa corrente, sob uma perspectiva sistêmica, Jakobs (2017, p. 12) afirma que “não se pode considerar missão da pena evitar lesões de bens jurídicos. Sua missão é, na verdade, reafirmar a vigência da norma devendo equiparar-se, a tal efeito, vigência e reconhecimento”³⁰.

Neste trabalho, contudo, adota-se a teoria majoritária, de Claus Roxin, que advoga o funcionalismo penal para proteção de bens jurídicos relevantes. Segundo o penalista alemão:

[...] a tarefa do direito penal se situa na proteção da liberdade e da segurança social do indivíduo assim como nas condições de existência da sociedade; dito de forma gráfica: o pressuposto de cada sanção penal não surge da contravenção à moral, mas de um dano à sociedade não evitável de outro modo. A tarefa do direito penal foi limitada, como frequentemente se diz hoje, à proteção subsidiária de bens jurídicos. (Busatto, 2017, p. 9)

Justifica-se a adoção da teoria de Roxin por ser uma concepção de direito penal que dialoga com a real finalidade da pena, em consonância com a construção histórica da criminologia e sem limitação ao direito formal. Enquanto a tese de Jakobs acaba por focar muito mais o caráter formal do direito penal, permitindo a ampliação e sedimentação do *labelling approach*, à primeira vista, a tese de Roxin pressupõe necessariamente uma fragmentariedade do direito penal, cuja necessidade da pena deve ser apurada de acordo com a relevância do bem jurídico e o grau de agressão da conduta.

Ainda que não se trate necessariamente de uma abordagem crítica do direito penal, a tese de Roxin permite uma releitura criminológica e o diálogo de diversas fontes para a produção e hermenêutica da norma penal. O caráter funcional da pena, numa roupagem pós-positivista ou neoconstitucional do direito penal, é mais bem fundamentado quando voltado à proteção de bens jurídicos, impondo uma necessária conexão entre direito penal e política criminal. Sobretudo diante do fenômeno da macrocriminalidade, que foge à disciplina tradicional do direito penal, a complexidade dos modernos bens jurídicos, difusos, abstratos e imateriais impõe uma construção dogmática e normativa direcionada a essas especificidades. Não se pode querer tutelar penalmente o bem jurídico da economia transnacional com o finalismo puro e simples de Hans Welzel. Basta, como exemplo, o crime de lavagem de dinheiro, que pode ser praticado, dentro do contexto de uma organização criminosa, através de uma pessoa jurídica regular, aparentemente lícita e cujo real beneficiário dos delitos antecedentes não pratica absolutamente nenhuma conduta típica.

No entanto, não se pode lançar mão desses argumentos para apregoar um eficientismo penal através da expansão pura e simples do direito penal mediante imperativos de lei e ordem. Conforme adverte Felipe Dantas de Araújo (2011, p. 13), “para a criminologia crítica, o eficientismo penal seria uma nova forma de direito penal de emergência”. A dita expansão ou modernização do direito penal deve ser realizada sob o atento olhar da criminologia crítica, por meio do estudo aprofundado do fenômeno da criminalidade econômica e organizada, sem retrocessos garantísticos.

Nessa toada, atenta à abordagem crítica, a expansão penal que provocou a incriminação das condutas de aproveitamento do produto do crime, sob a

29 Não se adota aqui o postulado abolicionista da criminologia crítica, cujos autores, como Alessandro Baratta, sustentam que a única finalidade do direito penal seria manter o estrato social inalterado e o poderio dos ricos sobre os mais pobres. A principal razão para este trabalho se afastar desse postulado está no fato de que na criminalidade econômica, em regra, o sujeito objeto da tutela penal não se enquadra no conceito de *labelling approach*, fugindo à abordagem crítica da criminologia de meados do século XX, muito alinhada ao pensamento crítico e à ideologia marxista.

30 Para Jakobs (*apud* Busatto, 2017, p. 12), “missão da pena é a manutenção da norma como modelo de orientação para os contatos sociais. Conteúdo da pena é uma réplica, que tem lugar à custa do infrator, frente ao questionamento da norma”.

denominação de lavagem de dinheiro, deve ser estudada pormenorizadamente, partindo-se do seu pressuposto básico: o bem jurídico.

6. LAVAGEM DE DINHEIRO

6.1. MODERNA CRIMINALIDADE ORGANIZADA

Apresentadas, em linhas gerais, as razões da necessária expansão do direito penal e o respectivo marco teórico norteador, cumpre estudar o motivo pelo qual a doutrina penal enveredou para a criminalização da conduta de lavagem de dinheiro como forma de garantir o combate eficiente à macrocriminalidade.

A conduta em si de esconder e dissimular a origem ilícita de bens é bastante antiga e decorre da própria natureza do ser humano, cujo aparelho psíquico é responsável por ativar mecanismos de defesa após cada transgressão de normas³¹. Na opinião de Carla Veríssimo de Carli (2006, p. 70), “a lavagem de dinheiro é, na verdade, uma prática muito antiga – que poderia inclusive ser chamada de o segundo crime mais antigo do mundo”. Contudo, é apenas em meados do século XX que a conduta se torna penalmente relevante, após as verificações empíricas do mecanismo de atuação das máfias nos Estados Unidos e na Itália³².

A constatação, já referida no tópico 4 (Macrocriminalidade econômica organizada), de que a finalidade última da moderna criminalidade organizada transnacional é o lucro econômico³³ desperta o interesse da comunidade internacional por esse delito, até então entendido como mero exaurimento da conduta criminosa principal.

Mais do que a verificação do intuito de lucro nas organizações criminosas, a frustrada guerra contra os cartéis colombianos pelos meios tradicionais de punição impôs a busca por um direito penal mais efetivo, de cunho utilitarista, que busca aumentar o custo do delito como forma de desmotivar a prática do crime antecedente.

Diante disso, a expansão do direito penal com vistas à lavagem de dinheiro se deu como forma de ampliar e tornar mais efetivo o combate às organizações criminosas. Por essa razão, aliás, a primeira previsão normativa internacional sobre o tema foi na Convenção das Nações Unidas Contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas, a Convenção de Viena.

No capítulo anterior, concluiu-se pela necessidade de expansão do direito penal em razão dos novos riscos e do real e crescente sentimento de medo na sociedade moderna, devendo-se, no entanto, manter a integridade do sistema de garantias, conforme preconiza Hassemer, em contraponto a Jakobs e Silva-Sanches. A questão que ora se coloca é se essa expansão deve voltar-se à conduta de lavagem de dinheiro. A princípio pode parecer sem sentido a discussão, haja vista que já existe um caminho sem volta quanto à criminalização da conduta, mas do ponto de vista hermenêutico, as normas penais deverão ser aplicadas e orientadas a partir da constatação de que ou o crime de lavagem de dinheiro ostenta a proteção de um bem jurídico em si, ou é apenas um instrumento a mais para aumentar a proteção do bem jurídico do crime antecedente.

Em outras palavras, sendo a finalidade da pena a proteção de bens jurídicos, qual o bem jurídico tutelado pela norma penal incriminadora da conduta de lavagem de dinheiro?

31 Carla Veríssimo de Carli (2006, p. 68), fazendo um paralelo entre a prática da lavagem de dinheiro e a psicanálise, ensina que “dentro da psicanálise, o funcionamento da mente humana é atualmente explicado com base no conceito de ‘aparelho psíquico’ [...], como uma de suas premissas básicas. A partir dos estudos de FREUD, que deram novo significado à noção de inconsciente, passou-se a conceber a mente (um modelo estrutural), como formada por três estruturas ou instâncias: o id, o ego e o superego. O id contém basicamente os instintos ou pulsões, e é uma instância totalmente independente. O ego é inconsciente e, em parte, consciente – está em contato com a realidade externa pela sua função de percepção. Contém os mecanismos de defesa – que são inconscientes – e buscam proteção contra a angústia, que resulta de impulsos sexuais (libido) e agressivos, vindos do id, inaceitáveis para a consciência. [...] O superego – instância que contém as normas morais, valores e ideais familiares e culturais – é formado por identificações inconscientes com os pais e pessoas importantes. A vida mental é predominantemente inconsciente, e, no mundo interno, forças, afetos, desejos e pensamentos encontram-se em contradição, ou seja, em conflito. [...] Para proteger-se, o indivíduo recorre aos mecanismos de defesa do ego, tais como a repressão, negação, deslocamentos e outros. A função, pois, da defesa é prevenir, diminuir a ansiedade e o sofrimento, seguindo o princípio do prazer”.

32 Os primeiros ordenamentos jurídicos a tipificarem a conduta de lavagem de dinheiro foram o italiano, em 1978, e o norte-americano, em 1984.

33 Guaracy Mingardi (2007, p. 56) diferencia organizações criminosas de quadrilhas em razão da existência de elementos organizacionais próprios de empresa, como previsão de lucro, planejamento empresarial e simbiose com o Estado. Sobre a previsão de lucros das organizações criminosas, afirma o autor que numa quadrilha de ladrões, por exemplo, “é impossível prever a lucratividade do mês seguinte. Já numa organização de jogo ou tráfico, por exemplo, existe uma rotina que permite prever o próximo mês tendo como base os anteriores”.

6.2. BEM JURÍDICO TUTELADO

Sob a inspiração da teoria dos bens jurídicos de Roxin, não se pode concluir a abordagem criminológica do delito de lavagem de dinheiro sem referência às teorias atuais que buscam identificar o bem jurídico protegido pela norma penal incriminadora.

Colhe-se na doutrina divergência acerca do bem jurídico tutelado pelo delito de lavagem de dinheiro, principalmente se existiria um bem jurídico próprio ou se a finalidade seria a proteção do bem jurídico do delito antecedente. Sob o ponto de vista do direito internacional, inspirado pelo utilitarismo norte-americano, pode-se afirmar que, em sua origem, a doutrina penal da lavagem de dinheiro desenvolveu-se sob a inspiração da ampliação da proteção ao bem jurídico antecedente, principalmente os delitos de tráfico de drogas e terrorismo. Dessa forma, na concepção de Rogério Filippetto (2011, p. 111), “a realização da lavagem de dinheiro representaria um grau mais grave de vulneração do bem jurídico, e, por isso, justificaria a incriminação que resulta no acúmulo de penas”.

A natureza acessória do delito, que orientou sua origem normativa, justificaria essa corrente. No entanto, aponta Rogerio Filippetto que essa é uma teoria já superada, tendo em vista o estágio atual de identificação do crime de lavagem de capitais como um delito autônomo.

Uma segunda corrente afirma que o bem jurídico tutelado pela lavagem de dinheiro seria a administração da Justiça, “pois o comportamento afeta a capacidade da Justiça de exercer suas funções de investigação, processamento, julgamento e recuperação do produto do delito” (Badaró; Bottini, 2013, p. 55). Nesse caso, a lavagem seria uma modalidade qualificada de favorecimento real, o que justificaria o cúmulo de penas com o delito antecedente sem risco de alegação de *bis in idem*.

Para uma terceira corrente, menos expressiva e inspirada na luta contra o crime organizado, o bem jurídico tutelado pelo crime de reciclagem seria a paz social. No entanto, essa interpretação restringiria a ocorrência do crime de lavagem apenas nas hipóteses de organização criminosa, o que não parece ser a inspiração da normatização internacional.

A corrente que melhor se adapta às transformações sociais e ao surgimento dessa moderna criminalidade é a que advoga que o bem jurídico da lavagem de dinheiro é a ordem econômica. Trata-se de bem de natureza difusa e, portanto, fora da disciplina tradicional do direito penal do século XX; por essa razão a enorme dificuldade de

se adaptar diversos conceitos da teoria do tipo, havendo aqueles que acreditam na futura superação dessa teoria, como Silva Sanches.

Giula Jaeger (2008, p. 98), em dissertação sobre o tema, asseverou que:

[...] a lavagem de dinheiro afeta além das relações interpessoais e o patrimônio individual, sendo tal atividade desenvolvida em grande escala, com moldes empresariais, efetivando-se em grandes atuações envolvendo na sua maioria diversos países, e com isso, atingindo negativamente o sistema econômico. O financiamento ilegal acaba contaminando a economia nacional, pois produz desigualdade de condições entre os investidores lícitos causando uma concorrência desleal com efeito sobre as bases da economia, comprometendo a estabilidade econômica e a estabilidade política derivada dela.

Complementando, Wilson Ballão (2007, p. 39) explica os efeitos da lavagem nos sistemas financeiros dos países em desenvolvimento:

[...] os efeitos econômicos da lavagem de dinheiro são mais intensos sobre o sistema financeiro dos países em desenvolvimento. O motivo disso é que esses países são mais dependentes do capital externo. Quando o envolvimento do sistema financeiro de um país com a lavagem de dinheiro é significativo, os investidores optam por outros mercados. Logo, o interesse dos investidores em investir seus recursos em países em desenvolvimento é diretamente proporcional à confiança no sistema financeiro desses países. Por sua vez, a confiança no sistema financeiro de um país é inversamente proporcional à influência de seu sistema financeiro ao crime organizado.

Luiz Regis Prado (2007), comentando sobre o caráter autônomo do delito previsto na Lei 9.613/98, conceitua o bem jurídico da lavagem de dinheiro como sendo:

[...] a ordem econômico-financeira, o sistema econômico e suas instituições ou a ordem socioeconômica em seu conjunto (bem jurídico categorial), em especial a licitude do ciclo ou tráfego econômico-financeiro (estabilidade, regularidade e credibilidade do mercado econômico), que propicia a circulação e a concorrência de forma livre e legal de bens, valores ou capitais (bem jurídico em sentido técnico).

Apesar de ter seu próprio bem jurídico, autônomo e definido, sustenta-se que, em respeito à construção histórica do delito, se pode falar na existência de um bem jurídico subsidiário, relacionado ao crime antecedente.

Parece ser mais razoável a tese que sustenta tratar-se de um tipo pluriofensivo, sendo a ordem socioeconômica, a administração da Justiça e o reforço à proteção do delito antecedente os bens jurídicos tutelados (Filippetto, 2011).

7. CONCLUSÃO

O presente trabalho, ao abordar a teoria da sociedade de riscos de Ulrich Beck e sua aplicação ao direito penal contemporâneo, desvelou as complexas relações entre a evolução das ameaças sociais e as respostas normativas adotadas pelo Estado. Iniciou-se com uma análise detalhada dos princípios dessa teoria, evidenciando a transformação da sociedade moderna em um cenário permeado pela incerteza e pelo medo gerado por novos e diversos perigos, configurando um ambiente onde a segurança e a previsibilidade são cada vez mais ameaçadas pela dinâmica da globalização.

A globalização, caracterizada pela intensificação das interconexões e interdependências entre os países, trouxe consigo um novo conjunto de desafios e oportunidades para a criminalidade organizada. O advento da macrocriminalidade organizada e econômica, exemplificado por estruturas criminosas sofisticadas, demonstra como a globalização facilitou a expansão e a complexificação das atividades ilícitas. Os casos das organizações mafiosas e dos cartéis de drogas anteriormente mencionados revelaram a capacidade dessas entidades de se adaptar e explorar as oportunidades oferecidas por um mercado globalizado, gerando lucros exorbitantes e perpetuando suas operações ilícitas de forma sistemática e abrangente. De igual modo, as redes criminosas desenvolveram conexões transnacionais que transcenderam fronteiras, explorando a globalização para expandir suas atividades ilícitas e maximizar seus lucros.

Diante desse novo cenário, a teoria da sociedade de riscos de Beck fornece uma lente crítica para compreender a necessidade de uma reconfiguração do direito penal. O risco, enquanto conceito fundamental, ilumina a interdependência entre as práticas criminosas globais e as respostas legais nacionais, evidenciando a insuficiência das normas penais tradicionais para enfrentar a complexidade e a escala da criminalidade moderna. A partir dessa premissa, emerge a necessidade de um direito penal que vá além da mera punição dos delitos, voltando-se para a proteção efetiva dos bens jurídicos e a promoção da segurança em um contexto globalizado.

Nesse sentido, a pesquisa explorou a expansão do direito penal, observando que se configura não como um retrocesso, mas como uma resposta funcional às novas

realidades do crime organizado e da macrocriminalidade. A criminalização da lavagem de dinheiro, um fenômeno recente na história penal, foi examinada como um exemplo paradigmático dessa expansão. O desenvolvimento dessa figura penal, que antes era vista apenas como uma consequência dos crimes antecedentes, passou a ser reconhecida como um delito autônomo e fundamental no combate às organizações criminosas. A partir de sua definição e regulamentação, a lavagem de dinheiro se estabeleceu como uma prática que não apenas oculta a origem ilícita dos bens, mas também sustenta e perpetua a estrutura econômica de atividades criminosas transnacionais.

O caráter finalístico da criminalidade organizada moderna, centrado na busca pelo lucro econômico, foi destacado como o núcleo da dinâmica criminosa contemporânea. A lavagem de dinheiro, nesse contexto, revela-se como uma técnica sofisticada e essencial para a continuidade e expansão dos lucros ilícitos das organizações criminosas. A eficácia dessa prática em desviar e ocultar o produto do crime antecedente demonstra a urgência de um direito penal que se adapte a essas novas formas de criminalidade, oferecendo ferramentas legais robustas e eficazes para enfrentar e dismantelar essas organizações.

O estudo também explorou as diversas teorias sobre o bem jurídico tutelado pelo crime de lavagem de dinheiro, reafirmando que a expansão do direito penal é um reflexo da necessidade de proteger a ordem econômica em um contexto de criminalidade transnacional. A lavagem de dinheiro, ao corromper a integridade dos sistemas financeiros e econômicos, afeta a estabilidade e a confiança pública, evidenciando a importância de um sistema penal que seja capaz de enfrentar essas ameaças de maneira eficaz e justificada. A teoria que melhor se adapta a essa realidade é a de que a lavagem de dinheiro se trata de um crime pluriofensivo, protegendo simultaneamente a ordem socioeconômica e a administração da justiça e reforçando a proteção do delito antecedente. A ordem econômica, enquanto bem jurídico de caráter difuso, abrange a estabilidade, a regularidade e a credibilidade dos mercados financeiros, essenciais para a manutenção de uma economia justa e equitativa. Essa abordagem revela a necessidade de uma resposta penal que não apenas vise a punição de condutas específicas, mas que busque a proteção e a recuperação do sistema econômico.

Portanto, a expansão do direito penal para incluir a lavagem de dinheiro deve ser vista como uma inovação essencial na construção de um sistema jurídico-criminal que não apenas responde à complexidade dos riscos modernos, mas também busca garantir a segurança e a justiça social em um contexto globalizado. A

criminalização da lavagem de dinheiro, como resposta à macrocriminalidade organizada, configura-se como uma ferramenta crucial para desarticular as estruturas criminosas e para proteger a ordem econômica.

Através da análise das doutrinas e das práticas penais, ficou evidenciado que a expansão do direito penal para abarcar a lavagem de dinheiro não representa um mero alargamento dos tipos penais, mas uma reinterpretação e um fortalecimento do papel do direito penal enquanto garantidor da ordem jurídica e da segurança coletiva. A abordagem crítica da criminalização da lavagem de dinheiro revela que a modernização do direito penal, ao invés de ser um retrocesso, é uma resposta fundamentada e necessária à nova configuração dos riscos e dos desafios impostos pela criminalidade transnacional.

Em suma, a expansão do direito penal, com a inclusão da lavagem de dinheiro como um delito autônomo, reflete uma estratégia de resposta ao sentimento de insegurança que permeia a sociedade moderna e um mecanismo de combate eficiente à criminalidade organizada. A construção teórica e prática discutida neste trabalho confirma que a atualização e a ampliação do direito penal são imperativas para enfrentar a complexidade dos novos riscos e garantir uma resposta penal que seja tanto eficaz quanto respeitadora dos direitos fundamentais, estabelecendo um equilíbrio entre a necessidade de segurança pública e a proteção dos bens jurídicos essenciais.

8. REFERÊNCIAS

ALKAABI, Ali; MOHAY, George; MCCULLAGH, Adrian; CHANTLER, Nicholas. A comparative analysis of the extente of Money laundering in Australia, UAE, UK and the USA. **Finance and Corporate Governance Conference**, [s. l.], 2010. Trabalho apresentado na Inaugural Finance and Corporate Governance Conference, Melbourne, 2010. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1535082. Acesso em: 5 dez. 2024.

ALVES, Airton Buzzo; RUFINO, Almir Gasquez; SILVA, José Antônio Franco da. (org.). **Funções institucionais do Ministério Público**. São Paulo: Saraiva, 2001.

ARAÚJO, Felipe Dantas de. **Criminologia crítica e política antilavagem de dinheiro e contrafinanciamento do terrorismo**: barreira epistêmica e agenda de diálogo. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 2, n. 2, p. 1-27, jul./dez. 2012. Disponível em: <https://publicacoes.uniceub.br/RBPP/article/view/1662>.

[uniceub.br/RBPP/article/view/1662](https://publicacoes.uniceub.br/RBPP/article/view/1662): Acesso em: 5 dez. 2024.

AZAMBUJA, Sofia Alves de Matos. **Branqueamento de capitais**. 2014. Dissertação (Mestrado em Direito) — Universidade Autónoma de Lisboa, Lisboa, 2013. Disponível em: <http://repositorio.ual.pt/handle/11144/444>. Acesso em: 14 fev. 2017.

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Lavagem de Dinheiro**: aspectos penais e processuais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

BALLÃO, Wilson José Spinelli Andersen. O Papel da Financial Action Task Force on Money Laundering no Combate Internacional à Lavagem de Dinheiro. 2007. Dissertação (Mestrado em Direito) — Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2007. Disponível em: <http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/cp033448.pdf>. Acesso em: 1 mar. 2017.

BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo. Lavagem de Dinheiro: comentários à lei pelos juízes das varas especializadas em homenagem ao Ministro Gilson Dipp. **Revista CEJ**, [s. l.], v. 11, n. 37, abr./jun. 2007.

BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal**: introdução à sociologia do direito penal. Tradução Juarez Cirino dos Santos. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1999.

BATISTA, Nilo. **Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro**. Rio de Janeiro: Revan, 1990.

BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade líquida**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001.

BLUM, Jack A.; LEVI, Michael; NAYLOR, R. Thomas; Williams, Phil. **Financial Havens, Banking Secrecy and Money Laundering**. New York: UN, 1998. Disponível em: <http://amnet.org.il/joomla/attachments/UN-FINANCIAL%20HAVENS%20laundering.pdf>. Acesso em: 1 mar. 2017.

BUSATTO, Paulo. **Direito penal**: parte geral. 3. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2017.

CARLI, Carla Veríssimo de. **Lavagem de Dinheiro**: Ideologia da Criminalização e Análise do Discurso. 2006. Dissertação (Mestrado em Direito) — PUC-RS, Porto Alegre, 2006. Disponível em: <http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/cp020509.pdf>. Acesso em: 1 mar. 2017.

CERQUEIRA, Daniel Ricardo de Castro. **Causas e consequências do crime no Brasil**. Rio de Janeiro: BNDS, 2014. (Prêmio BNDES de Economia.) Disponível em: <http://www.bndes.gov.br/bibliotecadigital>. Acesso em: 14 mar. 2017.

CERVINI, Raul. Derecho Penal Económico. Concepto (integrado) y bien jurídico. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, n. 43, p. 81-108, abr./jun. 2003. Disponível em: <http://staticsp.atualidadesdireito.com.br/lfg/files/2012/04/Derecho-Penal-Economico-Concepto-Integrado-y-Bien-Jur%C3%ADdico.pdf>. Acesso em: 14 fev. 2017.

COELHO, Luiz Fernando. **Teoria Crítica do Direito**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

FERNANDES, Antônio Scarence. O equilíbrio entre a eficiência e o garantismo e o crime organizado. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 16, n. 70., p. 229-268, jan./fev. 2008. Disponível em: http://www.esmal.tjal.jus.br/arquivosCursos/2016_03_28_14_54_14_Efici%EAncia%20e%20garantismo%20-%20Scarance.pdf. Acesso em: 15 fev. 2018.

FILIPPETTO, Rogério. **Lavagem de Dinheiro: crime econômico na pós-modernidade**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

FONSECA, Fúlvio Eduardo. A convergência entre a proteção ambiental e a proteção da pessoa humana no âmbito do direito internacional. **Revista Brasileira de Política Internacional**, [s. l.], v. 50, 2007. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rbpi/v50n1/a07v50n1>>. Acesso em: 10 fev. 2018.

FOUCAULT, Michel. **Microfísica do Poder**. Tradução de Roberto Machado. Rio de Janeiro: Graal, 1979.

FRANKENBERG, Gunter. De volta ao assunto: medo no estado de direito. **Revista de Estudos Criminais**, São Paulo, v. 55, out./dez. 2014.

FREITAS JÚNIOR, Lauro Francisco da Silva Freitas. **Pós-modernidade, Globalização e os Novos Paradigmas de Atuação do Ministério Público: O Princípio do Promotor Natural**. 2009. Dissertação (Mestrado em Direito) — Universidade da Amazônia, Belém, 2009. Disponível em: <http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/cp104203.pdf>. Acesso em: 1 mar. 2017.

GORDON, Jon E. Prosecutors who seize too much and the theories they love: Money laundering,

facilitation and forfeiture. **Duke Law Journal**, [s. l.], v. 44, 1995. Disponível em: http://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3276&context=dlj&seidir=1&referer=https%3A%2F%2Fscholar.google.com.br%2Fscholar%3Fq%3Dlauding%2Bmoney%2Bprosecutor%26btnG%3D%26hl%3Dpt-BR%26as_sdt%3D0%252C5#search=%22lauding%20money%20prosecutor%22. Acesso em: 1 mar. 17.

GOULART, Marcelo Pedroso; ESSADO, Tiago Cintra; CHOUKR, Fauzi Hassan; OLIVEIRA, William Terra (org.). **Ministério Público: Pensamento Crítico e Práticas Transformadoras**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016.

GRECO, Luís. Introdução à dogmática funcionalista do delito – Em comemoração aos trinta anos de “Política Criminal e Sistema Jurídico-Penal”, de Claus Roxin. **Revista Brasileira de Direito Comparado**, [s. l.], n. 32, p. 211-283, 2000. Disponível em: <http://felipebambirra.com.br/wp-content/uploads/2016/05/FuncionalismoPenal-Greco.pdf>. Acesso em: 25 mar. 2017.

GUNTHER, Klaus. Medo no estado de direito. **Revista de Estudos Criminais**, [s. l.], v. 55, dez. 2014.

HABERMAS, Jurgen. **Direito e Democracia: entre facticidade e validade**. Tradução Flavio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

HADBRUCH, Gustav. **Introdução à Filosofia do Direito**. Tradução de Jacy de Souza Mendonça. [S. l.]: Editora WMF, 2010. Disponível em: <http://www.valorjustica.com.br/introducao.pdf>. Acesso em: 14 fev. 2017.

HASSEMER, Winfried. **Crítica al derecho penal de hoy**. Tradução de Patrícia S. Ziffer. Buenos Aires: Ad-Hoc, 1996.

HASSEMER, Winfried. Defesa contra o perigo pelo direito penal – uma resposta para as atuais necessidades de segurança. **Revista de Estudos Criminais**, [S. l.], v. 55, dez. 2014.

JAEGER, Giulia. **O Crime de Lavagem de Dinheiro e os seus Reflexos na Ordem Econômica Nacional**. 2008. Dissertação (Mestrado em Direito) — Universidade Luterana do Brasil, Canoas/RS, 2008. Disponível em <http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/cp076164.pdf>. Acesso em: 1 mar. 2017.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Tradução João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

LEITE, Paulo Moreira. **A outra história da Lava-Jato**. São Paulo: Editora Geração, 2015.

LYRA, Doreodó Araújo (org.). **Desordem e Processo**: Estudos em homenagem ao Prof. Roberto Lyra Filho. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1986.

MACHADO, Maíra Rocha; REFINETTI, Domingos Fernando (org.). **Lavagem de dinheiro e recuperação de ativos**: Brasil, Nigéria, Reino Unido e Suíça. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

MARQUES, Teresa Cristina Schneider; DABENE, Olivier. Estado e sociedade em tempos de transnacionalismo. **Revista Civitas**, Porto Alegre, v. 16, n. 3, p. 355-362, jul./set. 2016.

MEOLI, Luca; SORBELLO, Pietro. Il rischio della sanzione ed il comportamento del contribuente. Riflessioni sull'analisi econômica del diritto. **Rivista di diritto tributario Internazionale**, [S. l.], 2014. Disponível em: http://www.penalecontemporaneo.it/upload/1436457567MEOLI_SORBELLO_2015.pdf. Acesso em: 14 fev. 2017.

MINGARDI, Guaracy. O trabalho de inteligência no controle do crime organizado. **Revista de Estudos Avançados de Direito Penal**, [S. l.], v. 21, 2007.

USA. U.S. Department of the Treasury. Financial Crimes Enforcement Network. **Money Laundering Prevention**: A Money Services Business Guide. Washington, DC: Financial Crimes Enforcement Network – U.S. Department of the Treasury, [20--?]. Disponível em: https://www.fincen.gov/sites/default/files/shared/prevention_guide.pdf. Acesso em: 14 fev. 2017.

MORO, Sergio Fernando. Considerações sobre a operação mani pulite. **Revista CEJ**, Brasília, n. 26, p. 56-62, jul./set. 2004. Disponível em: http://s3.amazonaws.com/academia.edu.documents/43921502/artigo-moro-mani-pulite.pdf?AWSAccessKeyId=AKIAIWOWYYGZ2Y53UL3A&Expires=1488462003&Signature=5dP%2F400sp9EM5Tj2CJfLFjPj4HA%3D&response-content-disposition=inline%3B%20filename%3DArtigo_CONSIDERACOES_SOBRE_A_OPERACAO_MA.pdf. Acesso em: 1 mar. 2017.

MORO, Sergio Fernando. **Crime de Lavagem de Dinheiro**. São Paulo: Editora Saraiva, 2010.

NUNES, Antônio Carlos Ozório. **A cooperação internacional como instrumento jurídico de prevenção e combate à corrupção**. 2008. Dissertação (Mestrado

em Direito) — PUC-SP, São Paulo, 2008. Disponível em <http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/cp078235.pdf>. Acesso em: 1 mar. 2017.

OLIVEIRA, André Luís Tabosa de. **A Acusação Responsável como Direito Fundamental**. 2012. Dissertação (Mestrado em Direito) — Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, 2012. Disponível em: <http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/cp143093.pdf>. Acesso em: 1 mar. 2017.

PRADO, Luiz Regis. Delito de Lavagem de capitais: um estudo introdutório. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 96, n. 860, p. 433-455, jun. 2007. Disponível em: http://www.professorregisprado.com/resources/Artigos/Luiz_Regis_Prado/Delito%20de%20lavagem%20de%20capitais.pdf. Acesso em: 14 fev. 2017.

PRADO, Mariana Mota; CARSON, Lindsey; CORREA, Izabela. The Brazilian Clean Company Act: using institutional multiplicity for effective punishment. **Osgoode Hall LJ**, v. 53, 2015. Disponível em: <http://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/ohlj53&div=7&id=&page=>. Acesso em: 01 mar. 17.

RIBEIRO, Adélia Miglievich. Darcy Ribeiro e o enigma Brasil: um exercício de descolonização epistemológica. **Revista Sociedade e Estado**, [S. l.], v. 26, n. 2, ago. 2011. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/se/v26n2/v26n2a03.pdf>. Acesso em: 20 jan. 2018.

RIZZO, Maria Balbina Martins de. **Prevenção à lavagem de dinheiro nas instituições do mercado financeiro**. São Paulo: Editora Trevisan, 2013.

ROXIN, Claus. **Política Criminal e Sistema Jurídico-Penal**. São Paulo: Renovar, 2012.

SANCTIS, Fausto Martins de. **Combate à lavagem de dinheiro**: teoria e prática. Campinas: Millennium, 2008.

SANTOS, Boaventura de Souza. **Introdução a uma ciência pós-moderna**. Rio de Janeiro: Graal, 1989. Disponível em: <http://www.boaventuradesousasantos.pt/pages/pt/livros/introducao-a-uma-ciencia-pos-moderna.php>. Acesso em: 14 fev. 2017.

SANTOS, Juarez Cirino. **A criminologia radical**. Rio de Janeiro: Forense, 1981.

SCHORSCHER, Vivian Cristina. O bem jurídico protegido pela Lei 9.613 de 1988: primeiras críticas. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de**

São Paulo, São Paulo, v. 102, p. 889-910, 2007.

SERRANO, Mônica. Promessas idealistas? América Latina em tempo de la responsabilidade de proteger. **Revista Foro Internacional**, México, v. 57, p. 55-108, 2017.

SILVA, Edimar Carmo da. **Perfil Material do Princípio Acusatório e Ministério Público**: Implicações Jurídico-processuais. 2010. Dissertação (Mestrado em Ciências Criminais) — PUC-RS, Porto Alegre, 2010. Disponível em: <http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/cp127045.pdf>. Acesso em: 01 mar. 2017.

SILVA SANCHES, Jesus-María. **La expansión del derecho penal**: aspectos de la política criminal em las sociedades postindustriales. 2. ed. Madrid: Editora Civitas, 2001.

SMANIO, Gianpaolo Poggio; KIBRIT, Orly. Estado constitucional cooperativo e a aplicação, no Brasil, do acordo de assistência judiciária em matéria penal entre Brasil e Estados Unidos da América. **Revista Novos Estudos Jurídicos**, [S. l.], v. 20, n. 1, jan./abr. 2015.

SOUSA, Pedro Ivo. **Legitimidade do Controle Judicial Brasileiro de Políticas de Segurança Pública**. 2009. Dissertação (Mestrado em Direitos e Garantias Fundamentais) — Faculdade de Direito de Vitória, Vitória, 2009. Disponível em: <http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/cp100310.pdf>. Acesso em: 1 mar. 2017.

SPENGLER, Adriana Maria Gomes de Souza. **Flexibilização das Garantias Constitucionais na Repressão à Macrocriminalidade Econômica**: Uma abordagem à luz da proporcionalidade. 2006. Dissertação (Mestrado em Direito) — UNIVALI, Itajaí/SC, 2006. Disponível em: <http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/cp038848.pdf>. Acesso em: 1 mar. 2017.

WEYRAUCH, Cléia Schiavo. **Pioneiros Alemães de Nova Filadélfia**: relato de mulheres. Caxias do Sul/RS: Editora EDUCS, 1997.

WILSON, Linus. Madoff's Dirty Money. **SSRN Electronic Journal**, Los Angeles, 2011. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1772266. Acesso em: 5 dez. 2024.

WOLKMER, Antônio Carlos. **Introdução ao Pensamento Jurídico Crítico**. São Paulo: Saraiva, 2001.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Globalización y Crimen Organizado. **ReAIDP/E-riapl**, 2008, C-06. Trabalho apresentado na I Conferencia Mundial del Derecho Penal del Siglo XXI. 2007. Globalización y crimen organizado, 2007, Guadalajara. Disponível em: <https://www.penal.org/sites/default/files/files/Guadalajara-Zaffaroni.pdf>. Acesso em: 5 dez. 2024.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

O FLAUTISTA DE HAMELIN: PARTICULARIDADES DO DIREITO BRASILEIRO À PROIBIÇÃO DO HEARSAY TESTIMONY

ALDERICO DE CARVALHO JUNIOR¹
JAQUELINE RIBEIRO CARDOSO²
MARIZA DE SOUZA PAIVA³

1. INTRODUÇÃO

O Flautista de Hamelin é um conto infantil que descreve como um flautista, com sua melodia, livrou os moradores de Hamelin dos ratos que infestavam a cidade. O Flautista encantou os roedores, que acompanharam a melodia e se dirigiram para fora da cidade até se afogarem quando tentavam atravessar um rio. Assim como o Flautista de Hamelin, o Superior Tribunal de Justiça (STJ), mais precisamente a Terceira Seção que trata do Direito Penal, tem se esforçado para livrar o processo penal brasileiro das particularidades que fragilizam a qualidade da prova.

Faz parte desse esforço impedir que o testemunho indireto, reduzidamente etiquetado pelo STJ como *hearsay testimony* ou testemunho de ouvir dizer, seja um meio hábil a provar um fato ou uma circunstância. Entretanto, as referências feitas pelo tribunal ao *hearsay testimony* não observam as peculiaridades e os arranjos fático-institucionais do Direito brasileiro, tampouco se atentam aos mais de três séculos de construção da vedação ao *hearsay* no Direito norte-americano, com suas incontáveis exceções de base fático-casuística. Nesse contexto, ao se obstruir de antemão, rotulando como inadmissível todo e qualquer testemunho indireto, não importando as circunstâncias dos autos, se ignora também a importante carga valorativa desse tipo de testemunho, que é complexa e variável a partir da substância que ele carrega.

Da mesma forma que o Flautista de Hamelin livrou a cidade dos roedores que a infestavam, o STJ busca livrar o processo penal, com uma melodia encantada, dos problemas da prova no processo penal. No conto, os moradores de Hamelin prometeram ao flautista o pagamento de cem moedas de ouro, o que não se concretizou voluntariamente. No nosso caso, a sociedade, por meio dos representantes eleitos, fez a promessa de observar os precedentes qualificados, conforme artigo 927 do Código de Processo Civil (CPC). Porém será que a sociedade observará a promessa de observância do precedente do STJ sobre a (in)admissibilidade do testemunho indireto? É o que pretendemos debater.

Utilizando como marco teórico a concepção de Edmund M. Morgan (1948, p.181), que examina a origem da vedação ao *hearsay* sob a perspectiva da veracidade de um fato, buscaremos apresentar hipóteses à pergunta formulada, decompondo o que é rótulo e o que é substância.

Por fim, uma pequena advertência cabe já na introdução, pois a ideia subjacente ao sistema precedentalista brasileiro é dar máxima eficácia à função uniformizadora da interpretação da lei, o que somente é possível quando se estiver diante de uma questão de divergência de interpretação jurídica. Contudo, a construção da vedação ao *hearsay testimony* parece ser realizada a partir da base fático-casuística de suas numerosas exceções, o que traz dúvidas sobre a capacidade de aderência de eventual precedente qualificado a ser firmado pelo STJ sobre o tema.

¹ Promotor de Justiça do Ministério Público de Minas Gerais. Graduado em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG), mestre em Direito Penal pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC-Minas) e doutorando em Direito pela UFMG. Assessor Especial do Procurador-Geral de Justiça junto à Procuradoria de Justiça com atuação nos Tribunais Superiores do MPMG. Cogestor do Grupo de Atuação Estratégica junto aos Tribunais Superiores dos Ministérios Públicos do Sudeste. Cogestor do Acordo de Cooperação Técnica firmado pelo MPMG com o STJ.

² Pós-graduada em Direito Público, Direito Penal e em Direito e Ciência Política. Analista jurídica do Ministério Público de Minas Gerais. Coordenadora Jurídica da Procuradoria de Justiça junto aos Tribunais Superiores. Professora de graduação do curso de Direito da FEAMIG.

³ Pós-graduanda em Ciência Criminais pela PUC-Minas. Estagiária de Pós-Graduação do Ministério Público de Minas Gerais.

2. A CONSTRUÇÃO DO INSTITUTO

Não há consenso na doutrina quanto à origem da vedação ao *hearsay*, cuja construção se desdobrou ao longo de mais de três séculos, influenciada por diversas perspectivas de juízes e tribunais distintos.

Christopher Lloyd Sewrattan (2016, p. 7) aponta a existência de seis teorias principais que propõem investigar a origem e, principalmente, a justificativa para o desenvolvimento desta regra, elaboradas por seis estudiosos respectivos: John Wigmore, John Langbein, Richard Friedman, Edmund Morgan, H.L. Ho e Fredrick Koch. Nesse cenário, Sewrattan propõe analisar essas teorias como círculos em um diagrama de Venn, de modo que a área em que todos os círculos convergem é a fundamentação/razão histórica da regra, enquanto as áreas restantes são o resultado das diferentes teorias que enfatizam os diferentes aspectos da fundamentação (2016, p. 37).

Obedecendo aos limites teóricos a que se propõe este trabalho, não será objeto de estudo as peculiaridades de cada uma dessas teorias, mas, tão somente, provocar a reflexão de que há na doutrina debates históricos que descrevem a regra de *hearsay* sob ângulos e metodologias diferentes. Assim, visando fixar um ponto de partida para a discussão crítica desta pesquisa, utilizaremos as balizas propostas pela teoria do professor de direito da Universidade de Harvard, Edmund M. Morgan (1948, p. 181), que examina a origem da vedação ao *hearsay* a partir de uma investigação da verdade.

O professor, em trabalho intitulado “*Hearsay Dangers and the Application of the Hearsay Concept*”, afirma que a (in)admissão do testemunho de ouvir dizer originou-se a partir da apuração acerca da veracidade ou falsidade de uma proposição de fato, em que o investigador é demandado a confiar no testemunho humano (Morgan, 1948, p. 177). Morgan (1948, p.181) explica que nos países da *Common Law*, ainda sob a ótica de um sistema inquisitorial, em meados do século XVI, as partes litigantes no processo avançavam cada vez mais no sentido de levar informações ao tribunal. Isso ocasionou uma paulatina e progressiva mudança do julgador para uma postura mais passiva, enquanto a atividade probatória caminhava para as mãos das partes.

Na medida em que se estabelecia um sistema

processual predominantemente acusatório, com a construção do cenário probatório pelas partes, o *cross-examination* (exame cruzado) das provas testemunhais ganhava importante relevo na busca pela veracidade das informações prestadas em juízo. E, nesse ponto, vale fazer uma ressalva. Embora haja na doutrina inúmeras divergências teóricas a respeito do *hearsay*, Christopher Lloyd Sewrattan (2016, p. 37) afirma que todas concordam que pelo menos parte da lógica do referido instituto é a necessidade de se proceder ao *cross-examination* (Sewrattan, 2016, p. 37).

Dessa forma, além de declarar o que sabe, a testemunha deveria indicar as razões e as causas do seu conhecimento, de modo a possibilitar que a defesa pudesse exercitar o seu direito ao confronto. Assim, o intuito central do *cross-examination* é o de promover uma espécie de acareação, através do qual se busca submeter a testemunha ao contraditório das partes, de forma a tentar extrair a veracidade das informações por ela prestadas.

Na mesma perspectiva, a Sexta Emenda à Constituição dos Estados Unidos estabeleceu a “cláusula de confrontação”, proibindo a admissão de uma vasta gama de declarações testemunhais, sendo reconhecido o *right of confrontation* como direito fundamental essencial para a proteção da vida e da liberdade (Samia v. United States, 2023, p. 328.).

Conforme Gustavo Badaró (2014, p. 178):

A ideia central é que o *right of confrontation* impõe que todo saber testemunhal incriminador passível de valoração pelo juiz seja produzido de forma pública, oral, na presença do julgador e do acusado e submetido à inquirição deste último. Logo, a declaração de determinada testemunha não pode ser admitida como elemento de prova contra o acusado, a não ser que ela tenha sido prestada nas sobreditas condições.

Já no plano infraconstitucional do Direito norte-americano, o *Hearsay Testimony* é regulamentado pela *Federal Rules of Evidence* (FRE – Regras Federais de Evidências), a qual dispõe não só acerca da regra geral de sua não aceitação, como também de suas ressalvas (*nonhearsay*). De acordo com o conceito trazido pelo artigo 801 (c) da FRE, *hearsay* é uma declaração (i) diversa daquela proferida pela testemunha enquanto depõe no julgamento; e (ii) oferecida como meio de prova

para comprovar a veracidade da questão afirmada⁴.

Ana Lara Camargo de Castro (2024, p. 3), a partir de tais diretrizes, atribui ao conceito de *hearsay* as seguintes definições: (a) seja afirmação oral ou escrita, ou conduta assertiva [...]; (b) a pessoa tenha pretendido que fosse uma asserção; (c) tenha sido feita fora de audiência ou júri; e (d) a parte ofereça em juízo como prova da verdade do conteúdo da afirmação.

Com essa breve digressão histórica, aplicando o marco teórico acerca da veracidade de um fato, tal como exposto por Edmund M. Morgan, é possível compreender que a *hearsay rule* está ancorada na preocupação com a autenticação e credibilidade aferida pela prova testemunhal. Para atingir tal objetivo, deve a testemunha indicar os meios pelos quais tomou conhecimento do que afirma perante a autoridade, sob juramento, asseguradas as garantias constitucionais ao *right of confrontation* (direito ao confronto ou contraditório) e *due process* (devido processo legal) (Castro, 2024, p. 3).

3. O HEARSAY NO SISTEMA NORTE-AMERICANO: DISCIPLINA NORMATIVA E JURISPRUDENCIAL

A relevância jurídica do instituto para a produção probatória no âmbito do Direito norte-americano é expressa nas normativas das FRE e nos precedentes da Suprema Corte – SCOTUS.

Como já anunciado, a vedação do *hearsay* tem relação com o “perigo específico” de sua admissibilidade, diante da incapacidade dos julgadores de atestarem a sinceridade do declarante, o uso da linguagem, a memória e a percepção da declaração (Sewrattan, 2016, p. 62). A SCOTUS já se manifestou em várias ocasiões a respeito

desses perigos.

Em *Garcia v. State* (1990), um caso de abuso sexual intrafamiliar, a SCOTUS discutiu acerca da admissão do testemunho de um profissional especialista em proteção à criança, como *outcry witness*, isto é, uma pessoa maior de dezoito anos para quem a vítima primeiramente relatou e descreveu os fatos⁵. Neste caso, debateu-se dogmaticamente sobre os perigos da admissibilidade do *hearsay* para, em sequência, definir a “qualidade” do depoimento a partir de sua substância.

Destacou-se, inicialmente, a falibilidade da crença humana, mencionando as quatro categorias tradicionalmente denominadas de “perigos do *Hearsay*”. O primeiro perigo estaria relacionado à falsa impressão da realidade, um defeito na percepção, um produto lamentavelmente comum de nossas faculdades físicas e psicológicas imperfeitas. O segundo perigo estaria no fato de que mesmo uma percepção verdadeira pode levar a uma falsa crença devido aos truques da memória humana. O terceiro perigo relaciona-se a uma memória precisa, que é utilizada como evidência por outra pessoa, quando acidentalmente comunicada de forma imperfeita (obscurecida pela ambiguidade e má interpretação). Por fim, o quarto perigo relaciona-se à manipulação da memória, com a sua intencional falsificação (Estados Unidos da América, 1990).

A partir dessa concepção sobre os perigos do *hearsay*, a SCOTUS assentou a importância de se limitarem os depoimentos, em casos de abuso sexuais e psicológicos envolvendo crianças, ao primeiro relato em que a vítima narra, com precisão e detalhamento, a ocorrência do evento criminoso. Isso tudo diante da possibilidade de contaminação pelas influências sutis dos interrogatórios subsequentes (Estados Unidos da América, 1990).

Naquela oportunidade, a SCOTUS, embora tenha

4 Rule 801. Definitions That Apply to This Article; Exclusions from Hearsay

(c) Hearsay. “Hearsay” means a statement that:

(1) the declarant does not make while testifying at the current trial or hearing; and

(2) a party offers in evidence to prove the truth of the matter asserted in the statement.

(tradução livre)

5 A expressão “outcry witness” se refere a uma testemunha que é a primeira pessoa a quem uma vítima reporta o crime. Essa testemunha ganha importante destaque especialmente em casos de abuso infantil ou crimes sexuais, pois pode fornecer o relato inicial e não contaminado do que a vítima relatou sobre o crime. No caso relatado, a Suprema Corte norte-americana decidiu que, embora a criança tenha contado primeiro à professora sobre o abuso do padrasto, o especialista em proteção à criança foi corretamente designado como “outcry witness” porque ele foi a “primeira pessoa” para quem a criança realmente descreveu o crime.

Conforme o TEX. CODE CRIM. PROC. art. 38.072, § 2(a)(3):

(3) were made to the first person, 18 years of age or older, other than the defendant, to whom the child made a statement about the offense or extraneous crime, wrong, or act.

atestado o testemunho do profissional que atendeu a infante como confiável, ele permaneceria inadmissível, a menos que a vítima também prestasse o seu testemunho ou estivesse disponível para dispor, de forma a possibilitar o *cross examination* (Estados Unidos da América, 1990). O que a SCOTUS fez foi aplicar uma fórmula muito conhecida entre nós, prevista no artigo 155 do CPP, que admite elementos extrajudiciais para condenação, mas desde que tais elementos não sejam exclusivos, isto é, estejam arrimados em outros elementos colhidos sobre o contraditório judicial.

Ana Lara Camargo de Castro (2024, p. 4), por sua vez, faz uma distinção a partir da carga valorativa atribuída ao testemunho indireto, admitindo o *hearsay* quando “a afirmação é oferecida pela parte como prova circunstancial e não como verdade do seu conteúdo”. Assim, a autora ressalta que a partir do próprio conceito de *hearsay* é possível identificar hipóteses de *nonhearsay*, citando como exemplo a decisão da Suprema Corte Americana em *Bridges v. States*, em que o testemunho de policiais e da mãe de uma criança vítima de abuso sexual foram admitidos como prova *circunstancial* do estado mental e autêntico conhecimento prévio da infante sobre o local dos fatos (Castro, 2024, p. 4).

Para além das declarações que escapam ao conceito de *hearsay*, a própria *Federal Rules of Evidencie* contempla extensa lista de exceções. No entanto, não

sendo o objetivo deste trabalho aprofundar-se em todas elas, cabe mencionar, apenas de maneira exemplificativa, duas das principais exceções para as quais o Superior Tribunal de Justiça vem sendo instado, pelo Ministério Público brasileiro, a se debruçar.

A *Rule 804* dispõe expressamente acerca do *Declarant Unavailable* (declarante indisponível), afirmando que são exceções à regra de *hearsay* quando o declarante: a) é isento de depor sobre o assunto da declaração por determinação judicial; b) recusa-se a depor sobre o assunto, apesar de uma ordem judicial que o obriga a depor; c) atesta não se recordar do assunto; d) não pode estar presente ou testemunhar no julgamento ou audiência, em virtude de morte ou por enfermidade, doença física ou mental; e) está ausente do julgamento ou da audiência e a parte não foi capaz, por processo ou por outros meios razoáveis, de apresentar a testemunha, incluída, nessa hipótese, a declaração oferecida contra a parte que causou indevidamente a indisponibilidade do declarante (*forfeiture by wrongdoing*).⁶

Em mais de uma oportunidade, a Suprema Corte dos Estados Unidos admitiu como exceção à regra de *hearsay* o testemunho indireto nos casos em que o declarante não está disponível. Em *Berkman v. States* (2012), a Corte julgadora estabeleceu como teste para determinar a indisponibilidade de uma testemunha a exigência de que tenha havido um esforço de boa-fé, pelas autoridades

6 Rule 804. Hearsay Exceptions; Declarant Unavailable

Primary tabs

(a) *Criteria for Being Unavailable.* A declarant is considered to be unavailable as a witness if the declarant:

- (1) is exempted from testifying about the subject matter of the declarant's statement because the court rules that a privilege applies;
- (2) refuses to testify about the subject matter despite a court order to do so;
- (3) testifies to not remembering the subject matter;
- (4) cannot be present or testify at the trial or hearing because of death or a then-existing infirmity, physical illness, or mental illness; or
- (5) is absent from the trial or hearing and the statement's proponent has not been able, by process or other reasonable means, to procure:
 - (A) the declarant's attendance, in the case of a hearsay exception under Rule 804(b)(1) or (6); or
 - (B) the declarant's attendance or testimony, in the case of a hearsay exception under Rule 804(b)(2), (3), or (4).

But this subdivision (a) does not apply if the statement's proponent procured or wrongfully caused the declarant's unavailability as a witness in order to prevent the declarant from attending or testifying.

(b) *The Exceptions.* The following are not excluded by the rule against hearsay if the declarant is unavailable as a witness:

(1) *Former Testimony.* Testimony that:

- (A) was given as a witness at a trial, hearing, or lawful deposition, whether given during the current proceeding or a different one; and
- (B) is now offered against a party who had – or, in a civil case, whose predecessor in interest had – an opportunity and similar motive to develop it by

direct, cross-, or redirect examination.

[...]

(6) *Statement Offered Against a Party That Wrongfully Caused the Declarant's Unavailability.* A statement offered against a party that wrongfully caused – or acquiesced in wrongfully causing – the declarant's unavailability as a witness, and did so intending that result.

acusatórias, para garantir a sua presença no julgamento⁷.

Assim, um dos *standards* para admissibilidade do testemunho indireto como prova hábil de um fato em matéria criminal surge quando a vítima não é encontrada, após exauridos todos os esforços razoáveis e de boa-fé, para reiterar o seu depoimento em juízo.

Noutro vértice, em *Davis v. Washington* (2006), a Suprema Corte norte-americana reiterou a sua jurisprudência ao afirmar que a regra de exceção de má conduta (*forfeiture by wrongdoing*) extingue reivindicações de confronto por motivos essencialmente equitativos, ou seja, quem obtém a ausência de testemunha por meio ilícito perde o direito constitucional ao confronto.

Vê-se, portanto, que no âmbito do direito norte-americano, a regra de vedação ao *hearsay* é aplicada sempre em observância às peculiaridades do caso concreto, e conforme a extensa normatização das exceções em que será admitido. Assim, é de fundamental importância a compreensão de que o *hearsay* é precipuamente uma questão de fato, e não de interpretação objetiva de norma jurídica.

4. A PROVA DE OUVIR DIZER NO DIREITO BRASILEIRO

A prova testemunhal de ouvir dizer tem ganhado relevo no cenário jurídico brasileiro recentemente, em especial diante das decisões do Superior Tribunal de Justiça que tem considerado, *a priori* e de maneira absoluta, esta espécie probatória como inidônea a provar um fato ou circunstância no processo penal.

Entretanto, o depoimento de ouvir dizer não é vedado pelo legislador nacional, que não faz distinção entre as espécies testemunhais direta e indireta, não havendo limitação ao que o depoente venha a declarar,

se conheceu em primeira pessoa ou não, traço distintivo que nos afasta da limitante *exclusionary rule* do Direito norte-americano. A lei penal brasileira determina que o depoimento testemunhal será admitido sempre que interessar à decisão (Castro, 2017), ou seja, deveria valer a sua substância e não o seu rótulo ou etiqueta⁸. Etiquetar como inadmissível, de antemão, todo e qualquer depoimento indireto ignora a carga valorativa que ele porventura, a depender do caso concreto e de sua substância, pode carregar.

Apesar de cristalino que a disciplina legal brasileira impõe a liberdade probatória, não impedindo de antemão qualquer meio de prova legitimamente apresentado, a doutrina e a jurisprudência ainda divergem sobre a admissibilidade do *hearsay testimony*.

Nucci (2024), por exemplo, afirma que o testemunho de ouvir dizer é testemunho autêntico e que, por vezes, pode ser de maior utilidade o relato de uma testemunha indireta, que ouviu algo relevante e preciso de outra pessoa, do que o testemunho de quem presenciou o fato, mas é contraditório, pobre de elementos e inútil.

De outro lado, parte da doutrina, a exemplo de Gustavo Henrique Badaró (2014, p. 185), sustenta que testemunho de ouvir dizer não deve ser aceito, porquanto constitui prova frágil, além de apresentar inconveniente como ausência de contato com a testemunha direta, violando o contraditório e ampla defesa.

No âmbito jurisprudencial, a partir de 2020, as duas Turmas Criminais do Superior Tribunal de Justiça (STJ), salvo raras exceções⁹, têm se manifestado pela insubsistência do depoimento do *hearsay testimony* para fundamentar a pronúncia, a condenação do acusado ou amparar a denúncia, sob o argumento principal de que se trata de depoimento pouco confiável, visto que os relatos se alteram quando passam de boca a boca, bem como pelo fato de o acusado não ter como refutar, com eficácia,

⁷ “In several cases the United States Supreme Court has discussed the test for determining the unavailability of a witness. It stated a witness is not unavailable unless prosecutorial authorities make a good-faith effort to secure his presence at trial. *Ohio v. Roberts* (1980), 448 U.S. 56, 100 S.Ct. 2531, 2543, 65 L.Ed.2d 597; *Berger v. California* (1969), 393 U.S. 314, 315, 89 S.Ct. 540, 541, 21 L.Ed.2d 508; *Barber v. Page* (1968), 390 U.S. 719, 88 S.Ct. 1318, 1322, 20 L.Ed.2d 255. (Emphasis supplied). If no possibility of procuring the witness's attendance exists, “good faith” demands nothing of the prosecution; however, if there is even a remote possibility affirmative measures will be successful, good faith may demand their effectuation. *Ohio, supra*. The extent to which the prosecution must go to produce a witness is a question of reasonableness. *Id.*

Bartruff v. State, 528 N.E.2d 110, 113–14 (Ind.Ct.App.1988).”

⁸ Art. 203, CPP: A testemunha fará, sob palavra de honra, a promessa de dizer a verdade do que souber e lhe for perguntado, devendo declarar seu nome, sua idade, seu estado e sua residência, sua profissão, lugar onde exerce sua atividade, se é parente, e em que grau, de alguma das partes, ou quais suas relações com qualquer delas, e relatar o que souber, explicando sempre as razões de sua ciência ou as circunstâncias pelas quais possa avaliar-se de sua credibilidade.

⁹ (AgRg no AgRg no AREsp n. 2.102.669/MG, relator Ministro Rogério Schietti Cruz, relatora para acórdão Ministra Laurita Vaz, Sexta Turma, julgado em 19/9/2023, DJe de 2/10/2023; AgRg no HABEAS CORPUS Nº 813150/MG, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 3/5/2023, DJe de 8/5/2023; AgRg no AREsp n. 2.123.372/SE, relator Ministro Rogério Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 7/2/2023, DJe de 16/2/2023; AgRg no HC n. 681.958/AL, relator Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, julgado em 2/8/2022, DJe de 4/8/2022.)

o que o depoente afirma sem indicar a fonte direta da informação trazida a juízo.¹⁰

O que se verifica é que o STJ, a partir de uma importação de um instituto do direito norte-americano, vem tolhendo por completo a admissibilidade do testemunho de ouvir dizer, sem qualquer análise acerca da substância do referido testemunho nos casos concretos. Além disso, ao assim proceder, desconsidera que até mesmo no direito norte-americano a regra do *hearsay* não é absoluta, havendo, além das exceções legais, inúmeros casos decididos pelos tribunais, que aumentam significativamente as possibilidades fático-concretas de excepcionar a regra.

Essa transposição acrítica de ideias, sem observar as particularidades e os arranjos institucionais brasileiros, merece cautela. Por exemplo, nos crimes sexuais, é relativamente comum que os abusadores atuem sobre a vítima para alterar a versão dos fatos, naquilo já abordado pelo STJ como *síndrome do segredo*¹¹.

Já nos crimes dolosos contra a vida, cometidos no contexto de tráfico de drogas, é igualmente comum que os acusados atuem para impedir que testemunhas venham em juízo. Nessas duas situações, o testemunho de ouvir dizer, a depender da sua substância e confiabilidade, não pode ter seu valor aniquilado.

Assim, deve-se atentar que os contextos jurídicos, políticos e sociais de outros países são diferentes dos nossos, de modo que a utilização de institutos estrangeiros, notadamente daqueles países em que vigoram a *common law*, pode gerar resultados distintos e até mesmo equivocados. O ministro Luiz Fux, ao julgar a medida cautelar na ADI 6299, já advertia sobre os riscos de se adotar a estratégia conhecida como *cherry-picking* ("catador de cerejas"), consistente no uso retórico do Direito comparado, sem se atentar para as peculiaridades do direito doméstico.¹²

Assim, a proibição ao *hearsay testimony*, sem qualquer distinção sobre suas modalidades, sem analisar sua substância, ou seja, se se trata de um mero boato ou de um depoimento rico em detalhes e de confiabilidade

extrema, rotulado como *absolutamente inadmissível* em toda e qualquer hipótese, induz o julgador a uma atuação mecanicista. E esta atuação mecanicista diante de um mundo fenomênico tão complexo limita a atividade judicante em matéria de fato, e, decerto, impedirá a aderência de eventual precedente qualificado sobre o tema.

Desse modo, embora a vedação ao *hearsay testimony* seja um importante ponto de partida para elevar o *standard* probatório no processo penal, não pode ser ele, isoladamente, a linha de chegada. O que se quer dizer é que há uma presunção de fragilidade do *hearsay testimony*, mas essa presunção pode ser elidida a depender do caso concreto, da substância do depoimento, da sua confiabilidade, da natureza do fato ou circunstância que pretende demonstrar, etc.

Apesar dessa fase de necessária maturação estar, ainda, em processo de estruturação, não tendo o Superior Tribunal de Justiça se debruçado sobre o instituto em toda a sua inteireza, especialmente diante da ausência de decisões que discorrem de maneira mais profunda sobre as exceções de base fática à vedação do *hearsay*, fato é que o tribunal afetou a questão, tendo a controvérsia recebido o rótulo de Tema 1260. No REsp 2.048.687, causa piloto que encuba a controvérsia, o STJ discutirá se, nos termos do artigo 155 do CPP, o testemunho indireto, ainda que colhido em juízo, constitui ou não, isoladamente, meio de prova idôneo para a pronúncia, desconsiderando que o tema não admite uma regra geral objetiva, por demandar uma análise casuística.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Reduccionismos são sempre perigosos. A questão da prova no processo penal não pode ser reduzida a uma perspectiva binária que rotula o *hearsay testimony* pela sua capa e, após tal etiquetamento, o meio de prova é simplesmente descartado sem qualquer reflexão sobre sua substância.

Sem qualquer pretensão de esgotamento do tema, apresentamos a questão sob o marco teórico da veracidade de um fato na concepção de Edmund M.

¹⁰ AgRg no HC n. 755.217/RS, relator Ministro Rogerio Schietti Cruz, relatora para acórdão Ministra Laurita Vaz, Sexta Turma, julgado em 19/9/2023, DJe de 6/10/2023

¹¹ Consoante destacado pelo ministro Ribeiro Dantas, no julgamento do AgRg no AREsp 951071/PI, publicado no dia 11/10/2017, no qual cita trecho de decisão anterior proferida no REsp 1.066.724/DF, "fenômeno bastante comum em casos de violência sexual intrafamiliar é o da 'síndrome do segredo', que ilustra o modo pelo qual crianças e adolescentes vitimados (e até mesmo as famílias) permanecem em silêncio, diante da fragilidade física, e principalmente psicológica, podendo, até mesmo, incorrer em retratação do que um dia foi revelado." (AgRg no AREsp 951.071/PI, Rel. Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 03/10/2017, DJe 11/10/2017).

¹² ADI 6299. Relator Ministro Luiz Fux. Tribunal Pleno. Julgado em 24/8/23.

Morgan, que nada mais é que olhar o meio de prova a partir de sua confiabilidade. Nesse sentido, há uma presunção, um ponto de partida, de que o *hearsay testimony* é uma prova mais frágil, seja porque não colhida diretamente pelos sentidos do depoente, seja ainda porque, não sendo colhida diretamente, obstaculiza o exame cruzado das partes.

Entretanto, a questão deve ser tratada como ela é, nem mais, nem menos; se há uma presunção é porque ela pode ser elidida a depender das circunstâncias dos autos. E isso não é nenhuma novidade, pois expressada em mais de três séculos de construção das exceções à vedação do *hearsay testimony* no Direito norte-americano, alicerçadas tanto na *Federal Rule of Evidence* quanto na jurisprudência dos tribunais daquele país.

Nesse contexto, tem-se desconsiderado que o *hearsay* não é uma questão objetiva, mas um elemento de prova cuja análise é amplamente casuística, o que faz com que a questão não possa ser julgada sobre o rito dos recursos repetitivos. E, nesse sentido, não se pode atribuir ao *hearsay*, de forma conclusiva e determinante, o rótulo de prova ilegítima e inapta a gerar efeitos probatórios, sem a análise minuciosa do caso concreto.

6. REFERÊNCIAS

BADARÓ, Gustavo. A utilização da hearsay witness na Corte Penal Internacional: Estudo sobre sua admissibilidade e valoração. *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, ano 9, p. 152-215, abr. 2014. Disponível em: <https://www.badaroadogados.com.br/gustavo-badaro-a-utilizacao-da-hearsay-witness-na-corte-penal-internacional-estudo-sobre-sua-admissibilidade-e-valoracao-ano-2014.html>. Acesso em: 10 jun. 2024.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (6. Turma). **AgRg no AgRg no AREsp n. 2.102.669/MG**. Relator: Min. Rogerio Schietti Cruz, relatora para o acórdão: Min. Laurita Vaz, julgado em 19/9/2023, DJe de 2/10/2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (5. Turma). **AgRg no HABEAS CORPUS Nº 813150/MG**. Relator: Min. Reynaldo Soares da Fonseca, julgado em 3/5/2023, DJe de 8/5/2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (6. Turma). **AgRg no AREsp n. 2.123.372/SE**. Relator: Min. Rogerio Schietti Cruz, julgado em 7/2/2023, DJe de 16/2/2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (5. Turma). **AgRg no AREsp n. 951.071/PI**. Relator: Min. Ribeiro Dantas, julgado em 03/10/2017, DJe 11/10/2017

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (6. Turma). **AgRg no HC n. 681.958/AL**. Relator: Min. Sebastião Reis Júnior, julgado em 2/8/2022, DJe de 4/8/2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI 6299**. Relator: Min. Luiz Fux. Tribunal Pleno, julgado em 24/8/23.

CASTRO, Ana Lara Camargo de. Hearsay Tropicalizado - a dita prova por ouvir dizer. 2024. **Professor Douglas Fischer – PDF**, Brasília, abr. 2024. Disponível em: <https://temasjuridicospdf.com/hearsay-tropicalizado-a-dita-prova-por-ouvir-dizer/>. Acesso em: 20 jun. 2024.

ESTADOS UNIDOS DAAMÉRICA. Court of Appeals for The First District of Texas. Aaron Philip Fernandez, Appellant v. The State of Texas, Appellee. On Appeal from the 177th District Court. Harris County, Texas. Trial Court Case No. 1609682. No. 01-21-00541-CR. Houston, 2023. Disponível em: <https://cases.justia.com/texas/first-court-of-appeals/2023-01-21-00541-cr.pdf?ts=1685623393>. Acesso em: 01 jul. 2024.

ESTADOS UNIDOS DAAMÉRICA. **Suprema Corte**. Berkman v. State of Indiana. Court of Appeals of Indiana. 976 N.E. 2d 68, 76. 4 set. 2012. Disponível em: <https://casetext.com/case/berkman-v-state-2/case-details>. Acesso em: 1 jul. 2024.

ESTADOS UNIDOS DAAMÉRICA. **Suprema Corte**. Davis v. Washington. 547 U.S. 813, 126 S. Ct. 2266. Argued March 20, 2006. Decided June 19, 2006. Disponível em: <https://casetext.com/case/davis-v-washington-4#p832>. Acesso em: 30 jun. 2024.

ESTADOS UNIDOS DAAMÉRICA. **Suprema Corte**. GARCIA, Mickey Dean, Appellant, v. STATE of Texas, Appellee. Court of Criminal Appeals of Texas, En Banc. Publicado em 20 de junho de 1990. 792 S.W.2d 88. Tex. Crim. App. 1990. Disponível em: <https://casetext.com/case/garcia-v-state-508/?q=hearsay%20dangers%0A&sort=relevance&p=1&type=case&tab=keyword&jxs=>. Acesso em: 30 jun. 2024.

FRAGOSO, Heleno. Prova. Testemunho de Ouvir Dizer. **Jurisprudência Criminal**, Verbete n. 453. 4 ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1982.

LOUREIRO, Ithalo Frota. A prova do *hearsay* (ouvir dizer) no procedimento dos crimes de competência do Tribunal do Júri. In: **XXII Congresso Nacional do Ministério Público**. 2017. Disponível em: <https://congressonacional2017.amp.org.br/public/arquivos/teses/90.pdf>. Acesso em: 24 jun. 2024.

MORGAN, Edmund M. Hearsay dangers and the

application of the hearsay concept. **Harvard Law Review**, v. 62, n. 2, p. 178-219, dez. 1948. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/1336433>. Acesso em: 10 jun. 2024.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal Comentado**. 24. ed. atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2024.

ROSA, Alexandre Morais da. **Guia do Processo Penal Estratégico** - De acordo com a teoria dos jogos e MCDA-C. 1. ed. Florianópolis: Editora Emais, 2021.

Sami v. United States. **Harvard Law Review**, v. 137, n. 1, nov. 2023. Disponível em: <https://harvardlawreview.org/print/vol-137/sami-v-united-states/#:~:text=United%20States,-Volume%20137&text=The%20Sixth%20Amendment%20Confrontation%20Clause,that%20bear%20testimony%20against%20them>. Acesso em: 10 jun. 2024.

SEWRATTAN, Christopher Lloyd. **Lost in**

Translation? The Difference Between Hearsay Rule's Historical Rationale and Practical Application. Dissertação (Mestrado em Direito) - Osgoode Hall Law School, York University, Toronto, 2016. Disponível em: <https://digitalcommons.osgoode.yorku.ca/cgi/viewcontent.cgi?article=1025&context=llm>. Acesso em: 28 jun. 2024.

SUXBERGER, Antonio Henrique Graciano. Lost in translation: o hearsay segundo o Superior Tribunal de Justiça. **Professor Douglas Fischer - PDF**, Brasília, mar. 2024. Disponível em: <https://temasjuridicospdf.com/lost-in-translation-o-hearsay-segundo-o-superior-tribunal-de-justica>. Acesso em: 29 abr. 2024

TELES, Lara Fernandes. **Prova testemunhal no Processo Penal**: uma proposta interdisciplinar de valoração. 2 ed. Florianópolis: Editora Emais, 2020.

TORNAGHI, Hélio. **Curso de Processo Penal**. 10 ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1997.

PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA AMPLA DEFESA DA VÍTIMA: EXEGESE DO ART. 5º, LV, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL E INCIDÊNCIA NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO

VALERIO DE OLIVEIRA MAZZUOLI¹
KLEDSON DIONYSIO DE OLIVEIRA²

1. INTRODUÇÃO

O tema objeto desta investigação é inédito na literatura jurídica brasileira e não foi suscitado, ao que parece, por qualquer jurista pátrio ou pela jurisprudência dos tribunais nacionais até o presente momento. Trata-se de compreender, devidamente, o princípio constitucional da ampla defesa – insculpido no art. 5º, LV, da Constituição Federal de 1988 – em sua dimensão bifronte, é dizer, relativa (i) aos acusados em geral, mas também (ii) às vítimas de violações de direitos humanos, no âmbito do processo penal brasileiro.

Para nós, o princípio constitucional da ampla defesa jamais contou com escorreita exegese no direito pátrio, seja por parte da doutrina ou da jurisprudência dos tribunais locais, sobretudo no âmbito do processo penal. De fato, entre nós, tem-se compreendido o princípio em apreço, em sua larga maioria, estritamente como consectário do direito de defesa *do acusado* no processo, é dizer, daquele que se encontra no *polo passivo* da relação processual e cujo direito consistiria em resistir à pretensão do demandante, à luz da necessidade de paridade de armas no processo.³ Tratar-se-ia, portanto, do direito destinado *ao réu* da relação processual de trazer para o processo os elementos que entender necessários ao esclarecimento da verdade, junto à garantia do contraditório, impondo a condução dialética do processo (*par conditio*).⁴

Tal compreensão do princípio constitucional da

ampla defesa serve bem, não há dúvidas, à posição de resistência às pretensões formuladas no âmbito dos processos não penais (cíveis, trabalhistas ou eleitorais). Neles, será possível levar em conta apenas os direitos *dos demandados* de se defenderem nas ações (judiciais ou administrativas) iniciadas por outrem. No processo penal, no entanto, tal exegese não atende integralmente à norma insculpida no art. 5º, LV, da Constituição Federal de 1988, que garante expressamente (i) *aos litigantes* e (ii) *aos acusados em geral* o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.

Leia-se, desde já, a norma constitucional relativa ao princípio da ampla defesa em sua literalidade, tal como redigida pelo poder constituinte originário, no art. 5º, inciso LV: “*aos litigantes*, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e *ampla defesa*, com os meios e recursos *a ela inerentes*”. (Brasil, 1988, grifo nosso).

Perceba-se que a norma constitucional em questão revela *duas* categorias de sujeitos que têm a seu favor assegurado o direito à ampla defesa, quais sejam: (i) *os litigantes*, em processo judicial (civil ou penal) ou administrativo, em primeiro lugar (v.g., no processo penal, o Ministério Público, na defesa dos direitos das vítimas de crimes); e (ii) *os acusados em geral*, em segunda posição. A ambos esses sujeitos resta constitucionalmente assegurado o direito à ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes. No entanto, até os dias atuais, tanto a doutrina como a jurisprudência nacional deixaram

1 Professor Associado da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Mato Grosso – UFMT. Doutor *summa cum laude* em Direito Internacional pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul – UFRGS. Mestre em Direito pela Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho” – UNESP, *campus* de Franca. Professor convidado nos cursos de pós-graduação da UFRGS, UEL e PUC-SP. Membro efetivo da Sociedade Brasileira de Direito Internacional (SBDI) e da Associação Brasileira de Constitucionalistas Democratas (ABCD).

2 Mestre em Direito pela Universidade Federal de Mato Grosso – UFMT. Pós-graduado em Direito Constitucional e Direito Processual Civil pela Fundação Escola Superior do Ministério Público de Mato Grosso. Promotor de Justiça no Estado de Mato Grosso. Integrou o Grupo de Atuação Especial Contra o Crime Organizado – GAECO.

3 Nesse sentido, v. SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. 7. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 832-833; e MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 437-440.

4 Assim, MORAES, Alexandre de. *Direitos humanos fundamentais*. 11. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2017, p. 327.

de observar a primeira parte da norma, como se o princípio destinasse efeitos tão somente “aos acusados em geral” e não “aos litigantes” (todos eles) de processos judiciais ou administrativos.

Trata-se, portanto, de uma distorção interpretativa que merece ser imediatamente reparada entre nós, para o fim de compreender a norma do art. 5º, LV, da Constituição Federal em sua integralidade, tal como veio à luz pelo poder constituinte originário. Nesse sentido, tem-se como certo que a Constituição não concebeu o princípio para destinar-se apenas aos acusados em geral, senão também para que seja aplicado – como diz textualmente a norma constitucional – a todos os *litigantes*, quer em processos judiciais ou administrativos.

No que tange à garantia do contraditório, nunca houve dúvidas na doutrina e na jurisprudência brasileiras de que se trata de garantia extensiva a todos os litigantes (*v.g.*, vítimas) e aos acusados em geral, no âmbito processual penal. Porém, no que tange à garantia da ampla defesa, certo é que jamais se valorou no Brasil a sua importância voltada às vítimas de crimes, na representação que delas faz o Ministério Público. Este é, portanto, um ponto central para a compreensão do tema no Brasil, haja vista que a norma do art. 5º, LV, da Constituição nunca foi lida com atenção em sua primeira parte, que se refere “aos litigantes” como destinatários do direito à ampla defesa.

Sabe-se que no processo penal são litigantes (i) o Estado, no polo ativo, que age por meio do representante do Ministério Público, e (ii) o acusado, no polo passivo. Tais sujeitos são os que *litigam* no âmbito processual penal e, portanto, não de receber da norma constitucional *idêntico* direito ao contraditório e à ampla defesa. Ora, se o Ministério Público age, como representante do Estado, para garantir a justa prevalência dos direitos reconhecidos às vítimas da criminalidade, não há dúvidas de que a norma constitucional relativa à ampla defesa também a elas se direciona, para o fim de garantir-lhes *todos* os recursos inerentes para que a reprimenda do Poder Judiciário seja satisfatória a cada uma delas e à sociedade em geral. Nesse sentido, à luz da correspondência entre os direitos e deveres constitucionais de defesa e de proteção, é claramente perceptível que a norma do art. 5º, LV, da Constituição de 1988, ao mesmo tempo em que contempla em favor de réus e de investigados a compreensão tradicional do princípio da ampla defesa, igualmente assegura, no interesse da proteção das vítimas ou de seus familiares, o direito à ampla defesa dos fundamentos acusatórios, que estabelecem a base para a realização da garantia fundamental à tutela penal.

Portanto, aí está a consagração expressa do “princípio constitucional da ampla defesa da vítima”, voltado a um olhar constitucional e internacional sobre a importância de se garantir às vítimas da criminalidade a ampla defesa dos seus direitos humanos e fundamentais afetados por violações criminosas, na representação que delas faz o Ministério Público. Tal princípio ganha ainda maior relevo quando se recorda que as vítimas de violações de direitos humanos guardam, no contexto atual, posição central nos sistemas (internacional e interno) de proteção de direitos.⁵

O tema é relativo, como se nota, às obrigações positivas do Estado em matéria penal, conforme os precedentes estabelecidos pela ordem internacional relativa a direitos humanos, em especial, no nosso entorno geográfico, pela Corte Interamericana de Direitos Humanos (*v. itens 3 e 5, infra*). Será com este olhar e sob este enfoque que a presente investigação estará voltada, para o fim de compreender que a Constituição brasileira reconhece e garante – de forma *expressa* – o ainda não conhecido no Brasil “princípio constitucional da ampla defesa da vítima”.

2. DEVERES DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS E FUNDAMENTAIS

O reconhecimento dos deveres de proteção dos direitos humanos e fundamentais retrata um componente crucial para a adequada e integral compreensão da estrutura do direito constitucional contemporâneo, notadamente – no âmbito da investigação que ora nos ocupa – para a compreensão do princípio da ampla defesa da vítima. Referidos deveres dizem respeito à obrigação do Estado em garantir e preservar os direitos humanos e fundamentais de todos os cidadãos, assegurando que eles exerçam seus direitos – estabelecidos nas plataformas internacional e constitucional – de maneira plena e independente de interferências indevidas do próprio Estado ou de particulares.

O novo panorama constitucional em que se inserem os deveres de proteção não se contenta com a garantia (indispensável) de que o Estado não se revele como um violador direto dos direitos humanos e fundamentais dos cidadãos, assegurando-lhes a sua plena liberdade. Na quadra contemporânea de evolução do direito constitucional, o papel do Estado somente se desenvolve

⁵ A propósito, *v. MAZZUOLI*, Valerio de Oliveira; *PIECADE*, Antonio Sergio Cordeiro. Punir como *standard* de direitos humanos: centralidade de proteção das vítimas no direito internacional dos direitos humanos e no processo penal brasileiro. *Revista dos Tribunais*, vol. 1055, ano 112, São Paulo, set. 2023, p. 135-160.

congruente com a finalidade da sua própria existência quando ele atua de modo venturoso para proteger ampla e positivamente a dignidade e os direitos humanos e fundamentais de todos os indivíduos, dentre os quais estão seguramente as vítimas de violações de direitos humanos.

O florescimento dessa nova dimensão constitucional da responsabilidade estatal se identifica com o reconhecimento moderno do papel dos tratados internacionais dos direitos humanos, que, embora gerados pelo consenso dos Estados e primordialmente direcionados à proteção dos indivíduos, delineiam obrigações que devem ser ativamente cumpridas pelos próprios Estados. Assim, a atenção que merece ser conferida à matéria dos deveres de proteção assume um destacado relevo à luz do texto constitucional brasileiro, que, referendando a identidade siamesa dos direitos humanos e dos direitos fundamentais, assegura em caráter definitivo aos tratados internacionais de proteção dos direitos humanos uma aplicabilidade explicitamente equivalente (com o mesmo *status*) à eficácia das suas próprias normas de direitos fundamentais.⁶

Portanto, o reconhecimento dos direitos humanos e dos direitos fundamentais pela Carta da República como princípios objetivos da ordem constitucional brasileira, compreendidos como diretrizes essenciais para a construção e a fundação de conceitos que regem tanto o funcionamento do Estado e suas instituições quanto os valores éticos que merecem ser cultivados pela sociedade, agregou à tradicional concepção dos denominados *direitos de defesa* a equivalente existência de verdadeiros *imperativos de tutela*.

Dessa maneira, a ordem internacional de proteção dos direitos humanos (direito internacional) e as normas constitucionais de proteção dos direitos fundamentais (direito interno) compõem um conjunto normativo conjugado que não tem condições de ser estudado e compreendido isoladamente, senão conjuntamente e à luz do princípio *pro homine* ou *pro persona*. Essa junção de normas (internacionais e internas) enseja o aperfeiçoamento de uma sistemática imperativa de proteção às vítimas da criminalidade, por guardar maior peso axiológico que quaisquer outras espécies normativas isoladamente advindas do direito internacional ou do direito interno.

Precisamente nessa destacada característica da

dimensão objetiva dos direitos humanos e fundamentais se afigura radicada a dedução dos deveres constitucionais de proteção à dignidade humana das vítimas, deflagrada da necessidade de intervenção ativa do Estado para que se alcance a salvaguarda efetiva e a realização plena dos direitos garantidos na Carta da República e nos tratados internacionais sobre direitos humanos de que o Brasil é parte. Nesse sentido, de acordo com a perspectiva de prevalência coletiva dos deveres de proteção, originada da própria estrutura das normas de direitos humanos e fundamentais, decorre, inclusive, a possibilidade de *restrição* daqueles mesmos direitos no que se refere à sua aplicação individual, visando a garantia de eficácia de *outras* garantias individuais de igual índole ou, destacadamente, a preservação das liberdades da coletividade dos indivíduos ou de outros valores de superior envergadura constitucional.

No plano do direito internacional dos direitos humanos, especialmente no entorno geográfico compreendido pelo sistema regional interamericano, os deveres de proteção dos Estados, capazes de fundamentar limitações a direitos humanos em sua dimensão individual, encontram-se expressamente positivado no art. 32, §§ 1º e 2º, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, segundo os quais, respectivamente, “toda pessoa tem deveres para com a família, a comunidade e a humanidade”, e “os direitos de cada pessoa são limitados pelos direitos dos demais, pela segurança de todos e pelas justas exigências do bem comum, numa sociedade democrática”. Tais limitações ocorrem em favor dos direitos dos demais indivíduos, da segurança e do bem comum da coletividade. É por essa razão que o direito convencional atribui esse efeito mutuamente restritivo de direitos humanos à correlação existente entre *deveres e direitos*.

É certo que os tratados internacionais sobre direitos humanos incorporados à ordem jurídica brasileira têm como finalidade assegurar *direitos aos indivíduos*, mediante a imposição de *obrigações ao Estado*. O fenômeno que aqui se verifica é aquele segundo o qual o direito internacional, feito pelos Estados e para os Estados, intenta proteger os indivíduos *contra* tais soberanias, deixando de cingir-se a interesses nacionais particulares.⁷ Nesse sentido, verifica-se que a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, ao tratar em seu Capítulo I da *enumeração dos deveres*, se dirige especificamente aos *Estados-partes* da Convenção como responsáveis pelo respeito e garantia dos direitos reconhecidos em favor

⁶ Para um estudo pioneiro do tema no Brasil, v. MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Direitos humanos, Constituição e os tratados internacionais*: estudo analítico da situação e aplicação do tratado na ordem jurídica brasileira. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002, p. 233-325. Para detalhes sobre a incorporação e *status* constitucional dos tratados de direitos humanos no direito brasileiro atual, v. MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Curso de direito internacional público*. 15. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2023, p. 783-811.

⁷ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Curso de direitos humanos*. 10. ed. rev., atual. e reform. Rio de Janeiro: Forense, 2024, p. 41.

dos indivíduos (art. 1º, 1).

Atento para a verdade de que, no plano convencional interamericano, os deveres para com a família, a comunidade e a humanidade que ensejam restrições efetivas aos direitos humanos na sua dimensão individual versam justamente os direitos humanos dos demais integrantes de um mesmo corpo social, assemelha-se imperativa a conclusão de que, no plano internacional, os “deveres humanos” que impõem a restrição dos “direitos humanos” são simplesmente a dimensão objetiva dos direitos humanos que a norma atribui a cada indivíduo em particular. No plano do direito interno, por sua vez, a estrutura constitucional dos direitos fundamentais espelha essa mesma ambivalência normativa que se encontra expressamente positivada na Convenção Americana sobre Direitos Humanos.

Assim, as eventuais restrições impostas pelos *imperativos de tutela* decorrentes do reconhecimento da dimensão objetiva dos direitos fundamentais não devem ser compreendidas como um propósito de restrição em si mesmas, necessitando ser observadas a título de meio legítimo e democrático de ampliação dos direitos essenciais e das liberdades compartilhados por todo o grupo social, sobretudo quando se trata de proteger as vítimas no âmbito do processo penal.

Denota-se, portanto, que órgãos atuantes no sistema de justiça brasileiro e em todo o sistema interamericano precisam se ambientar com a realização de leituras e interpretações das normas de direitos humanos e fundamentais capazes de garantir a eficácia não apenas dos direitos de defesa nelas compreendidas, mas também de maneira a assegurar a ampla efetividade dos deveres de proteção que se encontram igualmente integrados naquele mosaico normativo.

Dessa maneira, um dos deveres de proteção que se encontra expressamente contemplado na Carta da República e que demanda urgente leitura e efetividade pelo sistema de justiça brasileiro consiste justamente no reconhecimento e na adequada aplicação do princípio da ampla defesa das vítimas da criminalidade, consubstanciando paradigma para a interpretação da ordem jurídica e para o estabelecimento de eventuais restrições de outros direitos individuais em sede de ajuste de proporcionalidade.

3. CONSEQUÊNCIAS DA SUBMISSÃO DO ESTADO

BRASILEIRO À JURISDIÇÃO CONTENCIOSA DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS

A reservada competência uniformizadora da Corte IDH para a interpretação e aplicação dos tratados internacionais sobre direitos humanos confere à referida Corte internacional um papel de hegemonia na confecção de precedentes convencionais no sistema interamericano. Dessa maneira, apesar de não compor explicitamente a estrutura constitucional do Poder Judiciário nacional, a Corte IDH figura em face do sistema de justiça como legítima instância internacional de natureza jurisdicional responsável por uniformizar a interpretação das normas convencionais que se encontram em vigor no Estado brasileiro (representadas pelos tratados internacionais sobre direitos humanos incorporados pelo Brasil), vinculando quanto à matéria as margens de interpretação das cortes nacionais.

Devido à força vinculante e às características estruturantes e unificadoras da jurisprudência da Corte IDH, os efeitos das decisões em matéria criminal que condenaram o Brasil por descumprimento aos deveres de garantia dos direitos humanos, além do não atendimento às garantias judiciais e à proteção judicial das vítimas de crimes, representam verdadeiros filtros obrigatórios para a leitura, interpretação e aplicação de toda a ordem jurídica interna. Em igual sentido, encontra-se ligado a essas diretrizes o conteúdo da atuação de todos os órgãos integrantes do sistema de justiça brasileiro, destacadamente o Poder Judiciário e, em especial, o Ministério Público, na condição de *custos juris* e guardião constitucional da própria ordem jurídica – na qual se integram as convenções internacionais de direitos humanos e a jurisprudência da Corte IDH –, conforme determinado pelo art. 127, *caput*, da Constituição Federal.⁸

Com o propósito de conferir concretude ao entendimento apresentado, convém lembrar um assertivo exemplo de controle de convencionalidade exercido pelo Superior Tribunal de Justiça, que – especialmente baseado no dever de cumprimento da jurisprudência da Corte IDH (*Caso Favela Nova Brasília vs. Brasil e Barbosa de Souza e Outros vs. Brasil*) e à luz dos arts. 1º e 25 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos – determinou o desarquivamento de inquérito policial destinado à apuração de violência doméstica contra a mulher, cujo arquivamento fora indevidamente

⁸ A propósito, v. MAZZUOLI, Valerio de Oliveira; FARIA, Marcelle Rodrigues da Costa e; OLIVEIRA, Kledson Dionysio de. *Controle de convencionalidade pelo Ministério Público*. 2. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2022, p. 16-21.

promovido pelo Ministério e homologado pelo Poder Judiciário. Justificou-se a ordem de desarquivamento do referido inquérito policial diante da verificação no caso concreto de falta de diligências sérias, imparciais e adequadas na investigação do crime, situação configuradora de desrespeito aos *direitos humanos líquidos e certos* da vítima do delito.⁹

Verifica-se, assim, que o STJ esteve atento ao disposto nos arts. 1º e 25 da Convenção Americana, bem assim ao art. 7(b) da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher¹⁰ e também à jurisprudência vinculante da Corte IDH, para o fim de reconhecer o direito líquido e certo das vítimas de crimes à sua proteção judicial, compreendida como inequívoco *direito de defesa* contra violações criminosas, cujo cumprimento deve se dar pelos órgãos do sistema de justiça mediante a devida diligência na promoção de uma investigação séria, imparcial e efetiva diante da notícia de violação criminosa a direitos humanos.

O STJ também entendeu como fator adicional de violação aos direitos da vítima do crime *as manifestações processuais inconsistentes* lançadas pelos órgãos do sistema de justiça atuantes nas instâncias ordinárias, do que se infere que os ofendidos por práticas criminosas têm direito a análises e manifestações processuais *consistentes* (ou seja, devidamente fundamentadas para o caso concreto e compatíveis com as bases probatórias alcançadas nas investigações) por parte dos órgãos integrantes do sistema de justiça. Por meio do julgamento em destaque, o STJ demonstrou franca evolução do seu entendimento quanto ao papel e à força vinculante das fontes de conformação do processo penal, haja vista que se negou a repetir o erro judiciário (negativo)

cometido quando permitiu o arquivamento da ação penal que buscava realizar o cumprimento da condenação do Estado brasileiro no *Caso Garibaldi vs. Brasil* (2009).¹¹

Dessa maneira, como consequência da incorporação da jurisprudência da Corte IDH nas condenações sofridas pelo Brasil, afixando o direito à justiça das vítimas ou de seus familiares na posição central do conflito criminal, decorre a pronta eliminação de qualquer entendimento de que a finalidade única do processo penal seja a de salvaguardar direitos humanos e fundamentais apenas de investigados ou acusados em face do poder estatal no cenário da persecução penal. De fato, como resultado da sua conformação convencional, o processo penal deve se converter em instrumento de respeito aos direitos de *todos* os envolvidos no conflito criminal e, especialmente, de realização e de restauração dos direitos humanos e fundamentais das vítimas de crimes ou de seus familiares.

O caso acima mencionado serve para ilustrar o entendimento esposado no presente ensaio, no sentido de que as vítimas da criminalidade são titulares de deveres convencionais e constitucionais de proteção judicial que materializam o direito de estarem adequadamente defendidas contra atos de violação, devendo ser cumpridos por todos os órgãos integrantes do sistema de justiça nacional.

Dessa maneira, novamente evidenciando o perfeito sincronismo entre os arcabouços normativos de direitos humanos e de direitos fundamentais, a submissão do Estado brasileiro aos deveres internacionais de salvaguarda dos direitos das vítimas da criminalidade – reconhecidos em caráter líquido e certo pelo STJ –

⁹ STJ, RMS nº 70338/SP, Rel. Min. Laurita Vaz, j. 22.08.2023, *verbis*: “A Corte Interamericana de Direitos Humanos, ao proferir condenação contra o Brasil no caso *Favela Nova Brasília v. Brasil*, reforçou que os países signatários da Convenção Americana têm o dever de, diante da notícia de violações de direitos humanos, agir com a devida diligência para promover uma investigação séria, imparcial e efetiva do ocorrido, no âmbito das garantias do devido processo. Em especial quanto ao arquivamento de inquéritos sem que houvesse prévia investigação empreendida com a devida diligência, a Corte Interamericana censurou a conduta do Poder Judiciário brasileiro que, naquele caso, ‘não procedeu a um controle efetivo da investigação e se limitou a manifestar estar de acordo com a Promotoria, o que foi decisivo para a impunidade dos fatos e a falta de proteção judicial dos familiares’. 4. No caso *Barbosa de Souza e outros v. Brasil*, a Corte Interamericana novamente fez uma alerta ao Poder Judiciário brasileiro, destacando que ‘a ineficácia judicial frente a casos individuais de violência contra as mulheres propicia um ambiente de impunidade que facilita e promove a repetição de fatos de violência em geral’ e ‘envia uma mensagem segundo a qual a violência contra as mulheres pode ser tolerada e aceita, o que favorece sua perpetuação e a aceitação social do fenômeno, o sentimento e a sensação de insegurança das mulheres, bem como sua persistente desconfiança no sistema de administração de justiça’. 5. No caso, a decisão que homologou o arquivamento do inquérito foi proferida sem que fosse empregada a devida diligência na investigação e como inobservância de aspectos básicos do Protocolo para Julgamento com Perspectiva de Gênero do Conselho Nacional de Justiça, em especial quanto à valoração da palavra da vítima, corroborada por outros indícios probatórios, que assume inquestionável importância quando se discute violência contra a mulher. 6. O encerramento prematuro das investigações, aliada às manifestações processuais inconsistentes nas instâncias ordinárias, denotam que não houve a devida diligência na apuração de possíveis violações de direitos humanos praticadas contra a Recorrente, em ofensa ao seu direito líquido e certo à proteção judicial, o que lhe é assegurado pelo art. 1.º e 25 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, c.c. o art. 7.º, alínea b, da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher”.

¹⁰ *Verbis*: “Os Estados Partes condenam todas as formas de violência contra a mulher e convêm em adotar, por todos os meios apropriados e sem demora, políticas destinadas a prevenir, punir e erradicar tal violência e empenhar-se em [...] agir com o devido zelo para prevenir, investigar e punir a violência contra a mulher”.

¹¹ STJ, REsp. 1.351.177/PR, 6ª Turma, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, j. 16.06.2016, *DJe* 29.06.2016. Na doutrina, v. OLIVEIRA, Kledson Dionysio de. *Processo penal convencional e fundamentos das obrigações positivas do Estado em matéria penal*. Belo Horizonte: D’Plácido, 2022, p. 274.

encontra perfeita recepção e amparo constitucional sobre as bases do princípio fundamental da ampla defesa da vítima.

4. VIOLAÇÕES ESTRUTURAIS A DIREITOS HUMANOS PELO SISTEMA DE JUSTIÇA CRIMINAL BRASILEIRO

A Corte IDH já decidiu em sua jurisprudência vinculante contra o Brasil que as violações aos direitos humanos das vítimas da criminalidade também podem decorrer das atuações judiciais do próprio Estado, quando capazes de configurar concretamente motivo de denegação de justiça aos indivíduos.¹²

A carência de adequada evolução pelo sistema de justiça brasileiro quanto à compreensão da centralidade da posição das vítimas de violações criminosas a direitos humanos e fundamentais nos conflitos criminais e, por conseguinte, da falta de eficácia dos direitos e garantias fundamentais em favor dos sujeitos atingidos por aquelas violações, há décadas tem mantido o Estado brasileiro submisso a uma realidade de transgressões sistemáticas e estruturais aos direitos humanos.

A abrangente desproteção penal dos direitos humanos e fundamentais das vítimas da criminalidade ou de seus familiares pelo sistema de justiça brasileiro, embora trivializada no plano interno, já foi há muitos anos diagnosticada e continua sendo reiteradamente apontada pela jurisprudência vinculante da Corte IDH.

O sistema interamericano de proteção de direitos humanos vem indicando que a inefetividade do sistema de justiça brasileiro em face das vítimas da criminalidade e seus familiares revelam conjunturas recorrentes de violações estruturais, retratadas, primeiramente, pela realidade de *impunidade estrutural* que é tolerada e – ao mesmo tempo – promovida pelos próprios órgãos de Justiça, seguida por razões de *discriminação estrutural* desenvolvidas pelos órgãos do sistema de justiça em face de determinados grupos de vítimas, destacadamente marcados por uma acentuada condição de vulnerabilidade.

Nesse contexto, tem especial espaço a necessidade

de compreensão adequada e abrangente do conteúdo do princípio constitucional da ampla defesa da vítima no processo criminal, como importante instrumento de reequilíbrio da balança da justiça em favor dos sujeitos (e até mesmo grupos) atingidos por violações criminosas a direitos humanos e fundamentais, e, por conseguinte, de correção dos estados de impunidade e de discriminação estrutural objeto da repetida reprovação do Brasil no plano internacional.

4.1. ESTADO DE IMPUNIDADE ESTRUTURAL

A condição de inefetividade do sistema criminal brasileiro no que se refere à proteção dos direitos humanos e fundamentais das vítimas de crimes alcançou tamanho aprofundamento que a Corte IDH identificou que o Estado brasileiro se encontra inserido em um verdadeiro estado de impunidade estrutural.

Tendo em vista o caráter vinculante dos julgados da Corte IDH para os Estados condenados (*res judicata*), pode-se afirmar que a jurisprudência do sistema interamericano de proteção de direitos humanos possui uma característica marcadamente estruturante. Em verdade, cada condenação proferida pela Corte IDH deveria ensejar a plena correção das irregularidades detectadas no julgamento que levou à responsabilização do Estado. Nesse contexto, a eventual repetição da mesma irregularidade em julgamentos futuros representa a confirmação de que o Estado condenado não adotou providências destinadas à correção das falhas previamente identificadas.

No caso do Brasil, a deficiência do sistema de justiça criminal para concretizar a punição de agentes violadores de direitos humanos – e, por conseguinte, garantir a defesa judicial das vítimas – já foi detectada mais de uma dezena de vezes, demonstrando que, a despeito das condenações internacionais impostas, o Estado brasileiro não adotou, ao menos desde o ano 2006 (ano da primeira condenação do Brasil perante a Corte IDH), providências eficientes para extirpar a ineficiência do seu sistema judicial. Ilustra-se a procedência desse entendimento à vista do julgamento do *Caso Barbosa de Souza vs. Brasil*, que retratou a nona oportunidade em que a Corte IDH precisou se pronunciar contra o estado de falta de proteção dos direitos humanos das vítimas de violação criminosa, em um contexto brasileiro já bem conhecido

¹² Corte IDH, *Caso Barbosa de Souza e outros vs. Brasil*, Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas, sentença de 7 de setembro de 2021, Série C, nº 435, § 21.

de impunidade estrutural.¹³

O reconhecimento internacional do estado de impunidade estrutural do Estado brasileiro no que se refere às violações de direitos humanos das vítimas da criminalidade representa fator que comprova de maneira incontestável que o Brasil ainda não reconheceu e tampouco assegura o direito à ampla defesa dos direitos e interesses de vítimas de violações a direitos humanos e fundamentais.

4.2. ESTADO DE DISCRIMINAÇÃO ESTRUTURAL

Se é certo que o Brasil vive uma situação de desmedida impunidade estrutural, essa realidade se aprofunda ainda mais quando analisada a situação de determinados setores ou grupos da população, marcados por redobrada condição de marginalização social e, por conseguinte, de exclusão das barreiras de proteção judicial.

Nesse sentido, a Corte IDH já teve a oportunidade de reconhecer que “diante desta palpável situação de discriminação estrutural – como os fatos reconhecidos no presente caso – se um Estado, tendo conhecimento da existência desta problemática dentro de seu território a respeito de um grupo determinável, não tomar medidas suficientes e efetivas para combater esta situação em concreto, acaba gerando uma situação de maior vulnerabilidade para as vítimas, em especial pelo conhecimento latente da existência de risco; situação, em particular, que pode ser avaliada pelo Tribunal Interamericano”.¹⁴

Denota-se, portanto, que, desconhecendo a adequada dimensão do princípio constitucional da ampla defesa da vítima, o sistema de justiça brasileiro não garante devidamente a proteção e a defesa dos direitos humanos e fundamentais das vítimas em geral, sendo certo que, no contexto agravado de certas camadas ou grupos da sociedade, o sistema jurídico simplesmente denega qualquer possibilidade de mínimo amparo a esses sujeitos de direito.

5. CONCRETIZAÇÃO DO PRINCÍPIO DA AMPLA DEFESA DAS VÍTIMAS E OBRIGAÇÕES POSITIVAS DO ESTADO EM MATÉRIA CRIMINAL

À luz da estreita relação ética e normativa estabelecida entre os direitos humanos e os direitos fundamentais é possível aferir que as obrigações positivas provindas dos tratados internacionais contribuem com o esclarecimento e a concretização do conteúdo do princípio fundamental da ampla defesa da vítima.

De fato, os deveres de proteção, que, no plano interno, são impostos ao Estado pelos direitos fundamentais, encontram perfeita correspondência no plano dos direitos humanos na doutrina das obrigações positivas do Estado, conforme a terminologia adotada pela própria Corte IDH,¹⁵ com o desiderato de transmitir, em síntese, a clara compreensão de que os Estados-partes em tratados internacionais de direitos humanos guardam responsabilidades inerentes a tais instrumentos, em especial, de proteção dos direitos neles consagrados em face de toda pessoa sujeita à sua jurisdição.¹⁶

A incorporação dos tratados internacionais sobre direitos humanos na ordem interna dos Estados, segundo o demonstrado acima, assume, ao lado das normas de direito fundamental, a execução de papel central na construção das diretrizes práticas, normativas e hermenêuticas que devem alumiar o funcionamento e os propósitos a serem perseguidos por todos os órgãos e instituições integrantes do seu sistema de justiça criminal.

Na dimensão normativa, as referidas obrigações positivas se irradiam nos planos substantivo e também processual, afinal na mesma medida em que, visando o cumprimento de suas obrigações convencionais, os Estados se encontram vinculados a implementar a legislação necessária à proteção difusa dos bens e valores tocados pelo plano dos direitos humanos, as instituições

¹³ Corte IDH, *Caso Barbosa de Souza e outros vs. Brasil*, Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas, sentença de 7 de setembro de 2021, Série C, nº 435, § 120, *verbis*: “Em vista das considerações anteriores, a Corte conclui que o presente caso está inserido no contexto de impunidade estrutural relacionado a ameaças, homicídios e outras violações de direitos humanos contra os trabalhadores rurais e seus defensores no Estado do Pará (pars. 47 a 51 supra). Ao mesmo tempo, esta impunidade estrutural se reflete na falta de devida diligência analisada no caso em estudo. Com efeito, conforme decorre dos autos, a grave negligência dos operadores judiciais na tramitação do processo penal, que permitiu a ocorrência da prescrição, foi o fator determinante para que o caso permanecesse em uma situação de absoluta impunidade”.

¹⁴ Corte IDH, *Caso Trabalhadores da Fazenda Brasil Verde vs. Brasil*, voto fundamentado do Juiz Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot, 20 de outubro de 2016, § 91.

¹⁵ Corte IDH, *Caso Kawas Fernández vs. Honduras*, Mérito, Reparações e Custas, sentença de 03 de abril de 2009, Série C, nº 196, § 144.

¹⁶ Cf. MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Curso de direitos humanos*. 10. ed. rev., atual. e reform. Rio de Janeiro: Forense, 2024, p. 95.

estatais competentes também devem viabilizar meios de efetividade ao conteúdo das disposições de direito material estabelecidas.¹⁷

Veja-se que o art. 1º(1) da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, mais do que determinar que os seus Estados-partes *respeitem* os direitos e liberdades nela reconhecidos, também impõe aos Estados que igualmente *garantam* o livre e pleno exercício daqueles mesmos direitos por todas as pessoas.¹⁸ Assemelha-se possível verificar, pois, que a Convenção Americana estabelece em face dos Estados-partes a configuração de duas ordens de obrigações, consubstanciadas por aquelas de cunho *negativo*, reveladoras de um dever estatal de se abster de ações capazes de ofender os direitos previstos na convenção, e, de outro lado, obrigações de natureza *positiva*, cujo conteúdo é representado pelo dever de garantir que os direitos consignados na convenção possam ser livremente exercidos por todos os membros da comunidade.

Sob o prisma das obrigações positivas em matéria penal, os Estados devem concretizar os deveres de adotar efetivas medidas de prevenção de ofensas a direitos humanos, de maneira a evitar a ocorrência de violações dessa natureza em desfavor dos seus jurisdicionados. Sendo certo que, nas hipóteses em que as referidas lesões a direitos humanos se consumarem, devem os Estados adotar providências efetivas de plena investigação e punição dos agentes criminosos responsáveis pela sua prática, além, quando possível, de reparação dos danos decorrentes de tais violações.

Acrescenta-se que as obrigações positivas dos Estados, direcionadas à garantia dos direitos humanos, incidem em face de violações provindas não apenas de ações de agentes do Poder Público, mas, igualmente, de lesões praticadas por particulares, tendo em vista que a finalidade dos tratados internacionais é a proteção das *pessoas*, independentemente de qualquer outro atributo ou qualidade, sob a ótica *ex parte populi*.¹⁹ Nessa mesma ordem de entendimento, denota-se que o objetivo da prescrição convencional de garantia dos direitos humanos não se limita apenas à proteção de direitos de investigados

ou de acusados em face das atividades de investigação, persecução penal e de punição do Estado, mas, antes, determina a própria ordem de investigação, e, sendo o caso, de punição do agente (público ou particular) que venha a desrespeitar criminosamente direitos humanos ou fundamentais de outrem.

Dessa maneira, merece se submeter ao juízo de inconveniência qualquer norma, ação ou omissão estatal que, para além de desrespeitar os direitos previstos na Convenção Americana, deixe de garantir ou que garanta de maneira insuficiente ou deficitária o livre exercício de quaisquer dos direitos que se encontram estabelecidos naquela Convenção ou em qualquer outro tratado internacional sobre direitos humanos em vigor no Brasil. Sendo certo que, por vincularem todos os ramos de atuação do Estado, as obrigações positivas de proteção tocam simultaneamente ao Poder Legislativo, que deve proceder com a elaboração de normas alinhadas com o conteúdo dos tratados internacionais sobre direitos humanos e consentâneas com os seus objetivos de efetividade, bem como ao Poder Executivo, especialmente com base em suas ações de políticas públicas, e, ainda, ao Poder Judiciário, que, nos processos de interpretação e de aplicação da ordem normativa, deve velar pela máxima efetividade de todos os direitos humanos previstos nos tratados internacionais em vigor no Estado, em favor de todas as pessoas envolvidas em qualquer demanda sob sua resolução, observado, ainda, que, mesmo em suas atividades de organização e aparelhamento, o sistema de justiça também deve atentar por meios e procedimentos alinhados com a missão de respeito e de garantia de direitos humanos. Em suma, visam as obrigações estatais positivas em matéria penal assegurar a máxima efetividade dos instrumentos de proteção dos direitos humanos.

As obrigações positivas dos Estados também se encontram firmemente assentadas no art. 8º (1) da Convenção Americana sobre Direitos Humanos,²⁰ que determina que os seus Estados-partes devem garantir o direito de participação de toda pessoa, em prazo razoável, perante juiz ou tribunal competente, independente e imparcial para a determinação dos seus direitos ou obrigações de qualquer natureza. Referenda-se, desta

17 Cf. FELDENS, Luciano. *Direitos fundamentais e direito penal: a Constituição penal*. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 103.

18 *Verbis*: “Os Estados-Partes nesta Convenção comprometem-se a respeitar os direitos e liberdades nela reconhecidos e a garantir seu livre e pleno exercício a toda pessoa que esteja sujeita à sua jurisdição, sem discriminação alguma por motivo de raça, cor, sexo, idioma, religião, opiniões políticas ou de qualquer natureza, origem nacional ou social, posição econômica, nascimento ou qualquer outra condição social”.

19 GOMES, Luiz Flávio; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Comentários à Convenção Americana sobre Direitos Humanos*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 28.

20 *Verbis*: “Toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza”.

forma, a garantia de amplo acesso à jurisdição, o qual, naturalmente, não pode ser negado ou, ainda, dificultado por custos ou procedimentos meramente burocráticos, de onde se infere que, especialmente no plano das garantias processuais, nenhuma obrigação positiva se assemelha devidamente cumprida enquanto divorciada da eficiência.²¹

A garantia de acesso à jurisdição disposta no art. 8º(1) da Convenção Americana não se limita, por certo, à necessária realização do direito de defesa de acusados pela prática de crimes, mas também abrange a obrigação de que sejam asseguradas vias de acesso à jurisdição em favor das vítimas de violações de direitos humanos e dos seus familiares, visando a determinação dos seus próprios direitos e das obrigações a serem suportadas pelo agente ofensor.

Ainda visando a proteção positiva dos direitos humanos dos cidadãos, determina o art. 25(1) da Convenção Americana que toda pessoa tem direito a um recurso simples, rápido e efetivo, visando a proteção contra atos violadores de seus direitos fundamentais.²² Destaca-se que a garantia convencional de recursos contra atos de violação não se limitam apenas à defesa dos direitos estabelecidos no âmbito da Convenção, mas devem necessariamente abranger também os direitos fundamentais consagrados pelas Constituições e pelas leis internas dos Estados-partes.²³

Ademais, deve-se ter em conta que a expressão *recurso* empregada pela Convenção Americana não se limita a um significado restrito, de medida que visa a provocar a revisão de uma decisão judicial, mas tem alcance amplo, representando mecanismo jurídico de acesso ao sistema de justiça em confrontação à prática de qualquer ato lesivo de direitos humanos. O emprego do referido termo na convenção busca, portanto, firmar a necessidade de que os Estados mantenham mecanismos eficientes de acesso e de proteção dos indivíduos e da sociedade por meio do sistema de justiça, não se tratando a criação de eventuais mecanismos de questionamento de decisões judiciais o cerne da preocupação da norma convencional sob análise.

Verifica-se que o art. 25(1) da Convenção Americana se dirige a um só tempo aos ordenamentos internos e aos sistemas de justiça dos Estados-partes, determinando a sua conformação ao modelo de eficiência preconizado no tratado internacional em destaque. Referida conformação não tem como propósito exclusivamente os direitos apontados naquela Convenção, mas, igualmente, quaisquer direitos fundamentais abrangidos nas normas de direitos fundamentais ou na legislação ordinária. Acrescentam-se, naturalmente, direitos e garantias estabelecidos em quaisquer outros tratados sobre direitos humanos ratificados pelos Estados-partes, tendo em vista que aquelas normas de direitos internacionais igualmente se assemelham incorporadas ao direito interno dos Estados.

A Corte IDH, por oportunidade do julgamento do caso *Cantos vs. Argentina*, definiu com precisão o alcance do art. 25 da Convenção Americana, dispondo que tal norma estabelece uma obrigação positiva de disponibilizar a todas as pessoas recursos judiciais efetivos contra atos violadores de direitos fundamentais. Acrescentou a Corte IDH que tal recurso deve envergar a qualidade da efetividade, não bastando a simples previsão formal de meios de defrontar violações de direitos humanos, os quais, na prática, se revelem notavelmente ineficientes.²⁴

A relação direta da obrigação positiva fixada no art. 25 da Convenção Americana, estreitamente encadeada com as garantias judiciais estabelecidas no art. 8º(1) e com o dever de proteção fixado no art. 1º da Convenção Americana, estabelecidas também em favor da defesa dos direitos das vítimas de violações de direitos humanos, pode ser extraída do exposto reconhecimento pela Corte IDH, no julgamento do caso *Godínez Cruz vs. Honduras*, de que os recursos que precisam estar à disposição das vítimas de violações devem ser amparados por um devido processo legal que garanta a realização das obrigações convencionais de proteção a cargo do Estado.²⁵

No caso *Tribunal Constitucional vs. Peru*, a Corte IDH reafirmou que o direito a um recurso simples e rápido constitui direito das vítimas de violações de direitos humanos, de obter proteção de acordo com as regras do devido processo legal.²⁶ Por oportuno,

21 Corte IDH, *Caso Cantos vs. Argentina*, Mérito, Reparações e Custas, sentença de 28 de novembro de 2002, Série C, nº 97, § 50.

22 *Verbis*: “Toda pessoa tem direito a um recurso simples e rápido ou a qualquer outro recurso efetivo, perante os juízos ou tribunais competentes, que a proteja contra atos que violem seus direitos fundamentais reconhecidos pela constituição, pela lei ou pela presente Convenção, mesmo quando tal violação seja cometida por pessoas que estejam atuando no exercício de suas funções oficiais”.

23 Cf. GOMES, Luiz Flávio; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Comentários à Convenção Americana sobre Direitos Humanos*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 191-192.

24 Corte IDH, *Caso Cantos vs. Argentina*, Mérito, Reparações e Custas, sentença de 28 de novembro de 2002, Série C, nº 97, § 52.

25 Corte IDH, *Caso Godínez Cruz vs. Honduras*, Exceções Preliminares, sentença de 26 de junho de 1987, Série C, nº 3, § 93).

26 Corte IDH, *Caso Tribunal Constitucional vs. Peru*, Mérito, Reparações e Custas, sentença de 31 de janeiro de 2001, Série C, nº 71, § 103.

convém afastar nesta matéria qualquer leitura restritiva, no sentido de que tais disposições significam que os direitos de acesso à jurisdição das vítimas de crimes devam ser condicionados por garantias concretizadoras de um devido processo legal de proteção dos agentes violadores de direitos humanos, mas sim que a realização do direito de acesso das vítimas à jurisdição deve lograr tratamento e tramitação seriamente ordenados por um devido processo legal que lhe garanta efetividade.

À vista dos dispositivos convencionais em referência, evidencia-se que o sistema interamericano de proteção de direitos humanos determina a todos os Poderes dos seus Estados-partes o cumprimento de obrigações positivas para a efetiva proteção de todos os direitos estabelecidos em tratados de direitos humanos, bem como para a integral garantia dos direitos fundamentais contidos em normas legais e constitucionais dos ordenamentos internos das nações integrantes deste sistema regional.

Ademais, conforme pode ser extraído do entendimento esposado pela Corte IDH por oportunidade do julgamento do caso *Gelman vs. Uruguai*, as obrigações positivas de proteção dos direitos humanos sequer precisariam estar explicitamente previstas em normas formais de direito internacional, tendo em vista que fazem parte do *jus cogens* como dever assentado no princípio da dignidade humana e na prevalência dos direitos humanos.²⁷

Dessa relação dual de respeito e de proteção estatais, exsurge um novo paradigma para os sistemas de justiça criminal dos Estados que, assim como o Brasil, integram o sistema interamericano de direitos humanos, representado pelo dever de defesa das vítimas de lesões criminosas a direitos humanos e fundamentais, bem como de punição penal efetiva e adequada dos correspondentes agentes criminosos.

A satisfação de todo o arcabouço convencional apontado se enlaça constitucionalmente com o princípio da ampla defesa da vítima estabelecido no art. 5º, LV, da Carta da República, sendo certo que somente podem ser alcançados os propósitos de proteção dos direitos das vítimas de maneira verdadeiramente efetiva – materializados pelo cumprimento das obrigações positiva do Estado – diante da garantia pétrea de que a defesa das vítimas de violações de direitos será exercida de maneira ampla e, por conseguinte, substancial e processualmente concreta.

6. MINISTÉRIO PÚBLICO E DEFESA CRIMINAL DA ORDEM JURÍDICA

O arranjo constitucional do sistema de justiça brasileiro expressamente posiciona o Ministério Público como instituição cuja essencialidade na prestação da atividade jurisdicional do Estado se concretiza por meio de medidas de *defesa*.

Denota-se que o art. 127, *caput*, da Constituição Federal atribui à instituição ministerial a *defesa* dos bens e interesses primaciais do Estado, representados pela ordem jurídica, pelo regime democrático e pelos direitos sociais e individuais indisponíveis.²⁸ Nesse sentido, o manejo da ação penal pública expressa o exercício de um dos *instrumentos de atuação institucional* (art. 129, I, CF) de que o Ministério Público dispõe para a *defesa* dos direitos e interesses que integram as suas funções institucionais (art. 127, *caput*, CF).

A relação de congruência das funções institucionais do Ministério Público com os seus instrumentos de atuação institucional, à lume do direito fundamental à tutela penal, representa a aproximação que realiza a interpretação constitucional animada pelos princípios da efetividade e da unidade da Constituição Federal. Nesse contexto, o dever de defesa da ordem jurídica e dos interesses sociais e individuais indisponíveis por meio da realização privativa do direito fundamental à tutela penal pelo Ministério Público é caminho que confere concordância prática entre todos esses comandos constitucionais (unidade), além de garantir a prevalência fática dos bens e valores traçados pela Carta da República (efetividade).

Em atenção ao contorno constitucional do Ministério Público, a ampla defesa dos direitos que são confiados pela Carta da República e pelas convenções internacionais de direitos humanos representa ao mesmo tempo um dever ínsito à formatação da instituição ministerial e uma garantia desta mesma instituição em face do sistema de justiça. O fato de o Ministério Público ser instituição formatada pela Constituição Federal para a *defesa* da ordem jurídica, dos interesses sociais e individuais indisponíveis, torna a instituição ministerial diretamente responsável pela tutela e progressão da democracia. Inegavelmente, a construção de um regime efetivamente democrático implica o descortinamento social de um horizonte de ampla eficácia dos direitos humanos e fundamentais.

27 Corte IDH, *Caso Gelman vs. Uruguai*, Mérito e Reparações, sentença de 24 de fevereiro de 2011, Série C, nº 222, § 183.

28 *Verbis*: “O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis”.

O respeito e a realização dos direitos humanos e fundamentais – seja no enfoque da garantia das liberdades seja na perspectiva do fortalecimento dos deveres estatais de proteção – moldam o alicerce da igualdade na dimensão substancial da democracia, representada, *v.g.*, pela determinação do conteúdo e pela estipulação dos limites dos direitos humanos e fundamentais. Denota-se, portanto, a existência de uma clara interconexão racional entre o Ministério Público, a democracia e a ampla eficácia dos direitos humanos.²⁹ Nesse sentido, o princípio constitucional da ampla defesa da vítima passa a ser núcleo-chave da atuação do Ministério Público na defesa daqueles que sofreram atentados aos seus direitos humanos e fundamentais, pois garante ao *Parquet* a ampla defesa dos fundamentos acusatórios na persecução penal (*v. item 8, infra*).

7. LITIGANTES DESTINATÁRIOS DO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA AMPLA DEFESA E POSIÇÃO DAS VÍTIMAS

À luz do disposto no art. 5º, LV, da Carta da República, o direito à ampla defesa não representa um direito fundamental de titularidade restrita a apenas um dos sujeitos dos conflitos judiciais ou das demandas administrativas. Os deveres de proteção dos direitos fundamentais e as obrigações positivas dos Estados, de base convencional, não aquiescem com a conservação de um modelo jurídico mantenedor de uma perspectiva meramente abstrata das vítimas de violações criminosas de direitos humanos e fundamentais, identificados apenas como sujeitos passivos de delitos.

Em consonância com uma leitura atual das diretrizes constitucionais e internacionais de proteção dos direitos humanos, as vítimas de crimes devem ser compreendidas como sujeitos de direitos capazes de acessar o sistema

de justiça para a realização e o alcance de uma defesa concreta e eficaz dos seus direitos e interesses criminais e civis. Por meio dessa leitura sistemática e unificadora da Carta da República, o princípio da ampla defesa das vítimas ou de seus familiares acaba por assumir, *v.g.*, destacada potencialização nos processos criminais de competência do Tribunal do Júri, na medida em que o art. 5º, XXXVIII, *a*, da Constituição Federal estabelece nesses processos a garantia da *plenitude* de defesa.³⁰ De fato, a potencialização do direito fundamental à ampla defesa da vítima nos casos de competência do Tribunal do Júri assume especial justificativa diante da máxima ofensividade das violações a direitos humanos e fundamentais submetidos à sua apreciação e julgamento.

Avaliada a questão com o auxílio da perspectiva convencional, não pode, aliás, subsistir qualquer hipótese de diferenciação entre os litigantes no processo judicial para a plena incidência da garantia à ampla defesa, sob pena de violação ao direito convencional à igual proteção da lei, fundamentado no art. 1º (1) e 24 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos. É por essa razão que a jurisprudência vinculante da Corte IDH reconheceu em face do Estado brasileiro a proibição de aplicação ou proteção desigual da lei interna.³¹

Evidentemente, qualquer interpretação normativa que venha a conferir aplicação técnica ao direito de ampla defesa apenas ao investigado ou ao acusado, negando-lhe, sob qualquer perspectiva, efetividade em relação à vítima, implica causa inconveniente de discriminação *de jure* ou *de facto*, incompatível com a garantia de igualdade perante a lei.

A Constituição Federal de 1988, no art. 5º, LV, garante expressamente (i) *aos litigantes*, em processo judicial ou administrativo, e (ii) *aos acusados em geral*, o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes. Assim, a norma constitucional em questão está a revelar *duas* categorias de sujeitos que têm a seu favor assegurada a ampla defesa, quais sejam: (i) *os litigantes*, em processo judicial (civil ou penal) ou administrativo, em primeiro lugar (*v.g.*, no processo penal, o Ministério Público, na defesa dos direitos humanos e

29 SOUZA, Alexander Araujo. *O Ministério Público como instituição de garantia: as funções essenciais do Parquet nas modernas democracias*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020, p. 141.

30 *Verbis*: “é reconhecida a instituição do júri, com a organização que lhe der a lei, assegurados [...] a plenitude de defesa”.

31 Corte IDH, *Caso Trabalhadores da Fazenda Brasil Verde vs. Brasil*, Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas, sentença de 20 de outubro de 2016, Série C, nº 318, § 334, *verbis*: “Nesse sentido, a Corte recorda que, à medida em que a obrigação geral do artigo 1.1 se refere ao dever do Estado de respeitar e garantir, ‘sem discriminação’, os direitos contidos na Convenção Americana, o artigo 24 protege o direito à ‘igual proteção da lei’. Isto é, o artigo 24 da Convenção Americana proíbe a discriminação de direito ou de fato, não apenas quanto aos direitos contidos neste tratado, mas no que respeita a todas as leis promulgadas pelo Estado e sua aplicação. Em outras palavras, se um Estado discrimina no que tange ao respeito ou à garantia de um direito convencional, descumpriria a obrigação estabelecida no artigo 1.1 e o direito substantivo em questão. Se, por outro lado, a discriminação se refere a uma proteção desigual da lei interna ou de sua aplicação, o fato deve ser analisado à luz do artigo 24 da Convenção Americana, em relação às categorias protegidas pelo artigo 1.1 da Convenção”.

fundamentais das vítimas de crimes); e (ii) *os acusados em geral*, em segunda posição.

Junto a essa constatação, esclareça-se que a sedimentação constitucional das funções de natureza criminal do Ministério Público, destacadamente no que se refere ao exercício da ação penal pública, tem como propósito a constatação de que a vítima da violação criminosa é o sujeito mais fraco no conflito penal estabelecido.

Em regra, o desequilíbrio entre ofensor e ofendido no plano criminal não se limita a uma eventual desigualdade de forças que, na prática, costuma viabilizar a lesão fática e normativa experimentada, mas costuma se estender, especialmente, aos aspectos financeiro, político ou de influência por diversos outros fatores. Essas circunstâncias de assimetria naturalmente acompanham a relação entre ofensor e ofendido no plano do processo.

A predominância desse panorama indica que apenas o exercício da tutela penal, compreendido como direito fundamental das vítimas da criminalidade, por meio de um órgão de Estado, constitucionalmente representado pelo Ministério Público, poderia garantir o interesse público de preservação da igualdade entre as partes do conflito penal.

Não deve ser desprezado, ainda, que, tratando-se de órgão estatal encarregado da garantia da ordem jurídica e do regime democrático, o dever ministerial de análise objetiva e independente dos elementos que compõem o conflito criminal, representa inegável garantia aos direitos de liberdade dos próprios acusados e investigados, que somente podem se submeter à eventual deflagração da persecução penal em juízo após a análise dos fatos por instituição do Estado à qual é confiado o respeito dos direitos de todos os envolvidos na demanda criminal.

8. AMPLA DEFESA DOS FUNDAMENTOS ACUSATÓRIOS NA PERSECUÇÃO PENAL

A compreensão limitada e incompleta do princípio fundamental à ampla defesa como direito privativo de réus e investigados no âmbito do processo penal situa tal garantia constitucional em posição necessariamente antagônica ao exercício do direito de ação em juízo. A aplicação deste princípio constitucional, sob a perspectiva e o conteúdo de exclusivo direito de resistência ou de reação à deflagração de medidas de persecução penal, retrata uma concepção demasiadamente limitadora da ampla eficácia desse direito fundamental.

O conteúdo jurídico do princípio da ampla defesa possui uma densidade que, conforme apontado, instrumentaliza a atividade processual de todos os litigantes vinculados pelo contraditório, não se limitando a determinada fase ou atividade da marcha processual, estendendo-se ao longo de todo o desenvolvimento do processo.

Da mesma forma como o princípio do contraditório – previsto no mesmo art. 5º, LV, da Constituição Federal – se presta a atender com isonomia a ambas as partes dos conflitos judiciais, configurando a sua inobservância causa de nulidade absoluta do processo, da mesma forma o princípio da ampla defesa encontra correspondência no atendimento dos legítimos direitos de acusados e *também* das vítimas de crimes integrantes do conflito criminal.

Por essa razão, quando o art. 129, I, da Carta da República confere ao Ministério Público a titularidade privativa da ação penal pública, no interesse das vítimas de crimes e da sociedade, tal atribuição não se esgota com o simples oferecimento da denúncia criminal, mas apenas quando a tutela penal que justifica o manejo da ação se realiza com efetividade. Nesse sentido, o princípio constitucional da ampla defesa passa a ser garantia também das vítimas dentro do processo, na representação que delas faz o Ministério Público, estendendo-se, portanto, em conteúdo e eficácia a todos os fundamentos acusatórios do *Parquet* no âmbito da persecução penal.

Ademais, a adequada compreensão do princípio da ampla defesa, incorporada à perspectiva das vítimas e seus familiares no seu âmbito constitucional de proteção, culmina por retratar diretriz fundamental conformadora para a interpretação de outras normas jurídicas de concretização do devido processo legal, esvaziando a possibilidade de sua interpretação ou aplicação quando tenham a exclusiva finalidade de estabelecer barreiras de tropeço burocrático ou simplesmente formalístico para o alcance da verdadeira finalidade do processo.

Notavelmente, não se assemelha preenchida a finalidade do princípio da ampla defesa da vítima se o instrumento que o alberga não se assemelha capaz de garantir o conhecimento e a proteção do direito violado.

9. PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA AMPLA DEFESA E DIREITOS DAS VÍTIMAS DE ACESSO À JUSTIÇA LATO SENSU

No plano internacional, o direito de acesso à justiça *lato sensu* decorre da relação de indissociabilidade alinhavada entre os direitos de acesso à justiça e as garantias do processo legal, estabelecidos nos arts. 25(1) e 8º(1) da Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Evidentemente, o direito de acesso à justiça *lato sensu* não é satisfeito apenas à vista da possibilidade de acesso formal às instâncias estabelecidas do sistema de justiça, demandando efetividade nos trabalhos de prestação jurisdicional.

Em suma, o direito de acesso à justiça *lato sensu* das vítimas de violação de direitos humanos compreende a possibilidade de acesso a um tribunal competente, independente e imparcial, por meio de medidas processuais efetivas e céleres. O art. 25(1) da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, que é base convencional para a obrigação positiva dos Estados de investigar, processar e punir violações criminosas a direitos humanos, trata expressamente da *proteção judicial* das vítimas. Tal direito guarda perfeita simetria com o art. 5º, LV, da Constituição Federal que assegura a *ampla defesa judicial* das vítimas da criminalidade.

Verifica-se que, ao mesmo tempo em que se vislumbra perfeita simetria entre o direito convencional à *proteção* e o direito constitucional à *defesa*, o preceito constitucional fundamental aprofunda e qualifica a seriedade do direito sob comento, estabelecendo expressamente que tal *defesa (proteção)* necessita ser *ampla*. Portanto, o paralelo entre o direito convencional de proteção judicial previsto no art. 25(1) da Convenção Americana e o direito constitucional à ampla defesa descrito no art. 5º, LV, da CF se estende para a necessidade de medidas efetivas à tutela do direito violado, haja vista que a norma convencional assegura proteção por meio de *um recurso simples e rápido* ou *qualquer outro recurso efetivo*, ao passo que a norma constitucional assegura a *ampla defesa com os meios e recursos a ela inerentes*.

Da mesma forma que a expressão *recursos* descrita na norma convencional carrega o significado de medidas processuais hábeis à proteção do direito violado, impõe-se a mesma interpretação da expressão constitucional imanente aos *meios e recursos* inerentes à ampla defesa do direito violado.

Observa-se, portanto, que a ampla defesa judicial dos direitos humanos e fundamentais das vítimas de violações criminosas representa direito fundamental estabelecido em cláusula pétrea e que não se limita ao exercício inaugural da ação penal pública, alcançando todos os meios e recursos (medidas processuais) necessários à sua restauração. Por essa razão, não há dúvida de que a ordem constitucional brasileira tem incorporada como cláusula pétrea referido patrimônio jurídico da ampla defesa das vítimas de violações a

direitos humanos e fundamentais, o qual não pode mais ser ignorado por nenhum órgão do sistema de justiça brasileiro.

10. COMPREENSÃO DOS MEIOS E RECURSOS INERENTES À REALIZAÇÃO DO PRINCÍPIO DA AMPLA DEFESA DAS VÍTIMAS

O art. 5º, LV, da Constituição Federal não descreve, analiticamente, quais seriam os dispositivos garantidores do exercício do princípio da ampla defesa, bem como não aponta quais seriam os momentos processuais em que o referido direito poderia ser adequadamente exercitado.

Os efeitos irradiantes de todos os princípios de natureza constitucional determinam, naturalmente, que o legislador infraconstitucional proceda com a elaboração das ferramentas de natureza processual capazes de concretizar a integralidade das diretrizes abrigadas nos direitos e garantias fundamentais correspondentes.

No entanto, para além da necessidade de elaboração de mecanismos para a sua realização, o princípio da ampla defesa também entalha nos instrumentos que compõem o mecanismo do devido processo legal a necessidade de interpretações normativas que conduzam a práticas estreitamente compatíveis com o seu atendimento.

A leitura integral do conteúdo do princípio da ampla defesa, que confere embasamento à ampla fundamentação da pretensão acusatória e ao exercício da dimensão material daquele mesmo princípio, contempla a necessidade de sua aplicação mediante a admissão de meios de acesso das vítimas a instrumentos de proteção e restauração dos seus direitos humanos e fundamentais indevidamente violados.

Quando a Constituição Federal assegura aos litigantes o exercício no plano judicial e no plano administrativo de todos os meios inerentes à ampla defesa, não se limita a referendar a utilização de ferramentas legais de resistência do titular de um direito em face do exercício do direito de ação de um terceiro. A extensão dos meios para a efetividade do princípio da ampla defesa compreende, ao revés, o emprego *ativo* de medidas judiciais e extrajudiciais adequadas à proteção do direito em questão, sob pena de defeituosa ineficácia do princípio fundamental.

Deve ser esclarecido que, quando a Carta da República assegura aos litigantes em processos judiciais ou administrativos o direito à ampla defesa, o que se visa

é englobar os próprios veículos do litígio (ação penal, medida administrativa etc.) no bojo de tal proteção, tendo em vista que os litigantes ativos não se tornam titulares do direito à ampla defesa apenas após a deflagração das medidas de defesa dos seus direitos, certo de que é justamente pela garantia fundamental à ampla defesa que se encontra assegurado o acesso àquelas providências de proteção.

Denota-se que o direito à ampla defesa dos direitos dos litigantes – assegurado mediante os meios e recursos inerentes – configura o estabelecimento de uma regra processual aberta para a efetivação dos direitos a serem amplamente defendidos por intermédio do funcionamento do sistema de justiça. Nesse sentido, a adoção de providências ativas para a realização do princípio da ampla defesa pelo titular de um direito violado não demanda expressa previsão normativa para a sua realização, bastando, conforme previsão constitucional, que seja *inerente* ao princípio fundamental da ampla defesa.

Por outro lado, não se deve confundir o direito fundamental à ampla defesa com o direito fundamental de ação, previsto no art. 5º, XXXV, da Constituição Federal.³² De fato, o direito de ação assegura aos indivíduos o direito de acesso ao sistema de justiça, por meio de uma dimensão em que se garante o direito de resposta à pretensão de solução do litígio, além da vedação de eventuais prescrições legislativas de matérias não jurisdicionáveis ou que impliquem vedação ao exercício efetivo do direito de ação. No entanto, o direito à ampla defesa culmina por *qualificar* o direito de ação, exigindo que o exercício dessa garantia fundamental seja instrumentalizado mediante meios, recursos e abrangência hábeis à ampla defesa do direito levado à apreciação do sistema nacional de justiça.

11. DIMENSÃO MATERIAL DO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA AMPLA DEFESA DAS VÍTIMAS

O princípio fundamental da ampla defesa não possui apenas desdobramentos estritamente processuais, direcionados à conformação de determinadas características do processo judicial criminal, tendo em vista que, observada a finalidade última de defesa (proteção) de direitos, relaciona-se – destacadamente sob a perspectiva de vítimas ou de seus familiares –

diretamente com a obrigação positiva do Estado de esclarecimento da verdade dos fatos, bem como de restauração dos direitos violados ante o cometimento da ação criminosa.

É certo que, segundo a perspectiva de defesa de investigados e de acusados, o direito à ampla defesa igualmente pode tocar o objetivo de esclarecimento da verdade dos fatos, mas, paradoxalmente, muitas vezes também pode se dirigir ao interesse de *não esclarecimento* da verdade dos fatos (especialmente no caso de réus ou investigados efetivamente culpados), de maneira a eliminar a existência ou a coleta de subsídios fático-probatórios hábeis a embasar uma eventual sentença condenatória.³³ Por outro lado, sob a perspectiva da defesa das vítimas de ações criminosas, o princípio atua necessariamente ante a abertura de ampla possibilidade de coleta de substrato probatório para o esclarecimento da verdade dos fatos.

Assim, afigura-se notável que, no plano material, o direito à ampla defesa das vítimas da criminalidade ou de seus familiares se aproxima de maneira indissociável de um direito material reiteradamente reconhecido pelo sistema interamericano de proteção de direitos humanos, representado pelo direito ao esclarecimento da verdade (pressuposto e finalidade do princípio da ampla defesa das vítimas). Daí se entender que, como desdobramento dessa mesma perspectiva das vítimas, o princípio constitucional da ampla defesa deve necessariamente antever o propósito de realização dos direitos desrespeitados dos sujeitos das violações criminosas.

Dessa maneira, se, sob a perspectiva dos investigados e acusados em geral, o princípio da ampla defesa representa legítimo e necessário anteparo processual que impede o desrespeito arbitrário aos direitos e garantias fundamentais como escudo protetor ao direito material à liberdade e à dignidade humana, deve-se ter em conta que, sob a perspectiva das vítimas das violações de direitos, esse mesmo princípio também implica uma dimensão material representada pela restauração dos seus direitos fundamentais desrespeitados (honra, vida, integridade física etc.) e que se materializa por meio de uma outra dimensão processual (representada pelos meios e recursos inerentes para a efetivação dessa defesa).

A procedência desse entendimento se desvela ante a verificação de que o art. 5º, LV, da Carta da República, inicialmente assegura aos *litigantes* o direito à ampla defesa, adicionando, em sua parte final, a possibilidade

32 *Verbis*: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

33 Cf. PEREIRA, Frederico Valdez. *Fundamentos do justo processo penal convencional*. Belo Horizonte: D’Plácido, 2020, p. 206.

de acesso aos *meios e recursos inerentes* à realização daquele direito.

Evidentemente, se não subsistisse no princípio da ampla defesa uma dimensão de direito material a ser resguardada com os meios e recursos que lhe fossem inerentes – restando apenas a dimensão processual de resistência –, não haveria sentido lógico-jurídico em se conferir tal garantia constitucional aos *litigantes* em primeiro plano, com a abrangência da posição da *vítima* do ato ilícito praticado.

Em suma, percebe-se que o direito constitucional brasileiro sempre esteve integrado (expressamente) com o princípio da ampla defesa da vítima, não obstante tal constatação jamais ter sido descortinada pela doutrina e jurisprudência pátrias na norma do art. 5º, LV, da Constituição Federal de 1988. Doravante, portanto, devem os operadores do direito no Brasil atentar-se para essa realidade que se encontra expressa no texto constitucional brasileiro desde a data de sua promulgação, cabendo especialmente ao Ministério Público a defesa dos direitos daqueles que sofreram com a prática de um ato ilícito em relação a si ou à sua família.

12. CONCLUSÃO

Esta investigação demonstrou existir no direito constitucional brasileiro o princípio expresso da ampla defesa da vítima, insculpido no art. 5º, LV, da Constituição Federal de 1988. De fato, da leitura atenta do dispositivo constitucional sob exame, percebe-se que a norma em questão revela *duas* categorias de sujeitos que têm a seu favor assegurada a ampla defesa, quais sejam: (i) *os litigantes*, em processo judicial (civil ou penal) ou administrativo, em primeiro lugar; e (ii) *os acusados em geral*, em segunda posição. Por sua vez, sabe-se que os litigantes no processo penal são (i) o Estado, no polo ativo, que age por meio do representante do Ministério Público, e (ii) o acusado, no polo passivo. Ambos esses sujeitos recebem da norma constitucional *idêntico* direito à ampla defesa, com os mesmos pesos e os mesmos recursos a ela inerentes.

Materializando a correspondência entre os direitos e deveres constitucionais de defesa e de proteção, verifica-se, claramente, que o art. 5º, LV, da Constituição Federal, ao mesmo tempo em que contempla em favor de réus e de investigados a compreensão tradicional do princípio da ampla defesa, igualmente assegura, no interesse da proteção das vítimas ou de seus familiares, o direito à ampla defesa dos fundamentos acusatórios, que estabelecem a base para a realização da garantia fundamental à tutela penal.

Caberá ao Ministério Público agir, como

representante do Estado, para garantir os direitos reconhecidos às vítimas da criminalidade, pois não há dúvidas de que a norma constitucional também às vítimas está voltada, para o fim de garantir-lhes todos os recursos – na representação que delas faz o *Parquet* – para que a resposta do Poder Judiciário seja satisfatória a cada uma delas e à sociedade em geral.

Doravante, tal princípio deverá ser devidamente reconhecido no Brasil em razão de sua estatura constitucional e, também, à conta de todas as decisões em matéria criminal da Corte Interamericana de Direitos Humanos que condenaram o Estado brasileiro pelo não atendimento ao direito à proteção especial às vítimas de crimes.

Em suma, após mais de três décadas da promulgação da Constituição Federal de 1988, é ainda possível atestar que muitos detalhes e nuances constitucionais não vieram devidamente à luz no direito brasileiro atual, a exemplo do princípio constitucional da ampla defesa da vítima, que a presente investigação pretendeu desvendar e compreender em primeira mão. O futuro dirá se acertamos.

13. REFERÊNCIAS

FELDENS, Luciano. **Direitos fundamentais e direito penal**: a Constituição penal. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

GOMES, Luiz Flávio; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Comentários à Convenção Americana sobre Direitos Humanos**. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Direitos humanos, Constituição e os tratados internacionais**: estudo analítico da situação e aplicação do tratado na ordem jurídica brasileira. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Curso de direito internacional público**. 15. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2023.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Curso de direitos humanos**. 10. ed. rev., atual. e reform. Rio de Janeiro: Forense, 2024.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira; FARIA, Marcelle Rodrigues da Costa e; OLIVEIRA, Kledson Dionysio de. **Controle de convencionalidade pelo Ministério Público**. 2. ed. rev., atual. e ampl. Rio de

Janeiro: Forense, 2022.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira; PIEDADE, Antonio Sergio Cordeiro. Punir como *standard* de direitos humanos: centralidade de proteção das vítimas no direito internacional dos direitos humanos e no processo penal brasileiro. **Revista dos Tribunais**, vol. 1055, ano 112, São Paulo, set. 2023, p. 135-160.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013.

MORAES, Alexandre de. **Direitos humanos fundamentais**. 11. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2017.

OLIVEIRA, Kledson Dionysio de. **Processo penal convencional e fundamentos das obrigações positivas do Estado em matéria penal**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2022.

PEREIRA, Frederico Valdez. **Fundamentos do justo processo penal convencional**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2020.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. 7. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2018.

SOUZA, Alexander Araujo. **O Ministério Público como instituição de garantia: as funções essenciais do *Parquet* nas modernas democracias**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020.

REQUISITOS DA PRONÚNCIA EM CASOS DE CRIMES DOLOSOS CONTRA A VIDA COMETIDOS POR INTEGRANTES DE ORGANIZAÇÕES CRIMINOSAS OU GRUPOS ASSEMELHADOS

DOUGLAS FISCHER¹

1. A COMPETÊNCIA PARA JULGAMENTO DOS DELITOS DOLOSOS CONTRA A VIDA E O PROCEDIMENTO INICIAL DO JÚRI

A competência para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida e conexos é do Tribunal do Júri em razão da matéria (excluem-se algumas situações em que o autor do fato possua prerrogativa de foro, mas disso não trataremos aqui), conforme preconizado no art. 5º, XXXVIII, da CF: “é reconhecida a instituição do júri, com a organização que lhe der a lei, assegurados: a) a plenitude de defesa; b) o sigilo das votações; c) a soberania dos veredictos; d) a competência para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida”.

O procedimento é bipartido: na primeira fase analisa-se a possibilidade de submissão do réu ao Tribunal Popular (juízo de acusação); na segunda, o julgamento em si é feito pelo Júri.

Produzidas as provas na primeira parte, o juiz da causa terá em tese quatro alternativas: a) desclassificar (se não houver elementos suficientes para indicar a prática dolosa); b) absolver sumariamente (à exceção de estarem presentes os requisitos do art. 415 do CPP); c) impronunciar (art. 414 do CPP, quando não se convencer da materialidade do fato ou da existência de indícios suficientes de autoria ou participação); d) pronunciar

(art. 413 do CPP, quando convencido da materialidade e da existência de indícios suficientes de autoria ou de participação). Nas hipóteses de pronúncia (submissão do réu ao júri), há possibilidade de eventual despronúncia quando houver recurso provido por tribunal superior.

2. O DEVER DE PUNIR COM EFICIÊNCIA E A PROTEÇÃO DE TODAS AS GARANTIAS FUNDAMENTAIS: A OBSERVÂNCIA DAS OBRIGAÇÕES PROCESSUAIS PENAIIS POSITIVAS

No presente tópico, pede-se autorização ao leitor (e também ao coautor) para reproduzir alguns excertos de fundamentos inseridos em outro texto, publicado juntamente com Rodrigo Brandalise, intitulado “A pronúncia, sua confirmação e as hipóteses de interrupção da prescrição” (Brandalise; Fischer, 2024).

A reprodução de poucos excertos não será com aspas, pois em muitas situações há, agora, complementos de outros argumentos.

Lá dissemos que, com base nos julgados da Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH), existe uma obrigação de o Estado punir com eficiência (sem jamais desrespeitar os direitos fundamentais dos

¹ Mestre em Instituições de Direito e do Estado/PUCRS. Procurador Regional da República. <http://lattes.cnpq.br/5240252425788419>; Texto também publicado em <https://temasjuridicospdf.com/requisitos-da-pronuncia-em-casos-de-crimes-dolosos-contra-a-vida-cometidos-por-integrantes-de-organizacoes-ou-faccoes-criminosas/>.

investigados/processados)².

Uma premissa fundamental: conforme o art. 5º, inc. LIV, da Constituição Federal, “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”. O devido processo perpassa inicialmente pela existência de disposições infraconstitucionais que reflitam os preceitos maiores da Constituição (conformidade material).

Na concretização dessas premissas, deve-se buscar uma *melhor interpretação* dos comandos legais, que deverá ser extraída para considerar todo o plexo de direitos protegidos constitucional e convencionalmente³.

A busca da aplicação justa do Direito é o principal compromisso do Poder Judiciário. Assim, diz-se que o processo reflete uma *legitimidade da escolha estatal* sobre as formas de serem protegidos os direitos fundamentais, por uma dupla perspectiva da proporcionalidade (proibição do excesso e vedação da proteção deficiente).

O processo é uma atividade ordenada no sentido de chegar ao ato judicial final, que é uma sentença (com a reconstrução dos fatos).

A ampla defesa não permite a utilização indiscriminada dos meios legais para seu exercício, mas unicamente o que a lei garante que seja feito mediante uma racional interpretação sistêmica. Afirma-se isto porque o processo mostra a presença de relações que decorrem da presença das partes, mas também do

contexto social que exige sua proteção (Mesquita, 2003). Tanto é verdade que a própria Constituição Federal diz que a ampla defesa, juntamente com o contraditório, é exercida *conforme os meios e os recursos a elas inerentes* (art. 5º, inc. LV). O que desbordar do razoável e correto no exercício dessas garantias não é inerente à ampla defesa.

Há muito são exaradas decisões pelas Cortes de Direitos Humanos reafirmando que a função do juiz não se esgota em possibilitar um devido processo que garanta apenas a defesa em juízo, senão que deve também assegurar num tempo razoável o direito da vítima ou de seus familiares de saberem a verdade do que ocorreu e a sanção dos eventuais responsáveis⁴.

Temos o exemplo histórico da decisão da Corte IDH no caso *Myrna Mack Chang vs. Guatemala* (que se enquadra nas recomendações de cumprimento pelo Poder Judiciário brasileiro⁵). Talvez a parte mais relevante tenha sido o reconhecimento de que, naquele caso, houve abuso porque o “modo de exercer os meios que a lei põe à disposição da defesa” foi tolerado e permitido pelos órgãos intervenientes, com o esquecimento de que a função judicial não se esgota ao possibilitar um devido processo que garanta a defesa em juízo, senão que deve assegurar igualmente num tempo razoável o direito da vítima ou de seus familiares de saber a verdade e o que ocorreu (§ 209 da sentença).

Partimos da premissa de que há uma *exigência/imposição* de um *modelo de processo penal justo*⁶,

2 Como se extrai da Corte IDH: “140. Além disso, a obrigação, conforme o Direito Internacional, de processar e, caso se determine sua responsabilidade penal, punir os autores de violações de direitos humanos, decorre da obrigação de garantia, consagrada no artigo 1.1 da Convenção Americana. Essa obrigação implica o dever dos Estados Parte de organizar todo o aparato governamental e, em geral, todas as estruturas por meio das quais se manifesta o exercício do poder público, de maneira tal que sejam capazes de assegurar juridicamente o livre e pleno exercício dos direitos humanos. Como consequência dessa obrigação, os Estados devem prevenir, investigar e punir toda violação dos direitos humanos reconhecidos pela Convenção e procurar, ademais, o restabelecimento, caso seja possível, do direito violado e, se for o caso, a reparação dos danos provocados pela violação dos direitos humanos. Se o aparato estatal age de modo que essa violação fique impune e não se reestabelece, na medida das possibilidades, à vítima a plenitude de seus direitos, pode-se afirmar que se descumpriu o dever de garantir às pessoas sujeitas a sua jurisdição o livre e pleno exercício de seus direitos” (Corte IDH, 2010).

3 Será o processo considerado justo quando estiver “[...] estruturado de modo a valorizar, ou não desmerecer, a justiça de seu resultado” (Pereira, 2020, p. 37).

4 Representativamente: “117. Por otra parte, en casos como el presente, con arreglo en los artículos 8.1 y 25 de la Convención Americana, los familiares de la víctima fallecida tienen el derecho de conocer la verdad de lo ocurrido; derecho que exige la determinación procesal de la más completa verdad histórica posible. Los familiares también tienen el derecho, y los Estados la obligación, de que se reparen los daños y perjuicios que han sufrido [...]” (Corte IDH, 2009).

5 Nos termos da Recomendação do Conselho Nacional de Justiça nº 123, de 7 de janeiro de 2022: “Art. 1º. Recomendar aos órgãos do Poder Judiciário: I – a observância dos tratados e convenções internacionais de direitos humanos em vigor no Brasil e a utilização da jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH), bem como a necessidade de controle de convencionalidade das leis internas [...]”. Aliás, deste ato normativo, há dois *Considerandos* de relevo para o presente trabalho: “CONSIDERANDO que a Corte Interamericana de Direitos Humanos reiterou em sua jurisprudência, inclusive nos casos em que o Estado Brasileiro foi condenado diretamente, o *dever de controlar a convencionalidade pelo Poder Judiciário*, no sentido de que cabe aos juízes e juízas aplicar a norma mais benéfica à promoção dos direitos humanos no equilíbrio normativo impactado pela internacionalização cada vez mais crescente e a necessidade de se estabelecer um diálogo entre os juízes; CONSIDERANDO que cabe aos juízes extrair o melhor dos ordenamentos buscando o *caminho para o equilíbrio normativo impactado pela internacionalização* cada vez mais crescente e a necessidade de se estabelecer um diálogo entre os juízes” (grifo nosso).

6 Sobre o *modelo de processo penal justo*, conferir, dentre outros, Pereira (2020) e Fischer; Pereira (2023) — bases das conclusões expostas acima.

afinado e orientado pelos princípios e valores incidentes na equação da dinâmica processual.

São inúmeros os precedentes das cortes supranacionais afirmando existir uma obrigação de as autoridades públicas responsáveis pela investigação e/ou persecução penal conduzirem procedimentos *adequados, completos e eficazes*, na tentativa de responsabilização dos autores dos delitos (*obrigação “de meio”*). Em síntese, sempre esteve em voga perante as cortes supranacionais (o que pouco se divulga por terras brasileiras) também a proteção dos interesses das vítimas, de seus parentes ou da coletividade em geral. Há quem esqueça disso; uns por desconhecimento, outros por motivos que ainda não sabemos.

Na verdade, e sendo até intuitivo, isso não poderia nem deveria causar maiores surpresas ou indagações, pois os direitos fundamentais a serem observados não estão, exclusivamente, na esfera daqueles acusados na prática de infrações que atinjam interesses dos demais em sociedade (embora sejam encontrados posicionamentos “autodenominados garantistas” de que “o Direito Penal nada deve às vítimas”)⁷.

Em obra que trata especificamente do tema, podemos colher as considerações no sentido de que

[...] partindo da noção dos direitos fundamentais como objeto indispensável de proteção criminal (pela perspectiva integral dos direitos fundamentais), tais obrigações processuais são extraídas não apenas de disposições específicas, relativas à proteção dos direitos à vida, integridade física e psíquica, liberdade individual, vida privada e familiar, mas também de cláusula genérica que exige dos países o respeito dos direitos de todos aqueles que estejam sob a jurisdição do Estado. São reconhecidas, assim, obrigações reais e positivas dos Estados membros, que consistem no dever de seus órgãos internos assegurar a salvaguarda desses direitos,

prevenindo a violação e esclarecendo judicialmente o cometimento de fatos ilícitos, como forma de efetuar sua repressão, não apenas formal e simbólica, mas adequada e concreta. (Fischer; Pereira, 2023, p. 97)

É igualmente essencial realçar, ainda, que ambas as Convenções (Americana e Europeia de Direitos Humanos) possuem dispositivos que impõem aos Estados signatários obrigações de respeitar e fazer valer os direitos e liberdades. São obrigações de dupla vinculação: negativas, vedando aos Estados a violação de (*todos*) Direitos Humanos, e positivas, pois exigem dos Estados a adoção de medidas necessárias para tutelar (*todos*) esses direitos, impedindo a violação deles por terceiros e reprimindo eficazmente eventuais lesões a esses valores fundamentais da vida em sociedade⁸.

Não podemos olvidar que, no paradigmático caso *Velásquez Rodríguez* (de 1988), proferido pouco antes da promulgação da Constituição atual, estabeleceu-se um marco referencial importante no desenvolvimento internacional da ideia de que os Estados-Partes têm *obrigações positivas* na tarefa de proteção dos direitos humanos e que essas obrigações abrangem também o dever de prevenir, investigar e sancionar — *com eficiência e eficácia* — as violações dos direitos fundamentais albergados nas Convenções. Nesse julgado, a Corte IDH claramente rejeitou a concepção clássica de que os direitos fundamentais somente impulsionam obrigações negativas aos poderes estatais, atestando a importância da justiça penal na efetiva proteção de direitos fundamentais (Corte IDH, 1988).

Tanto na Corte IDH quanto no Tribunal de Estrasburgo são encontrados julgados com *expressa* afirmação da existência de um dever de o Estado investigar e processar os responsáveis por violações de direitos humanos. É a *única* forma de evitar a impunidade e tentar refrear a reiteração de condutas lesivas (prevenção geral positiva)⁹ e o desamparo das vítimas e de seus familiares.

⁷ “Assim, conforme a Corte concluiu em *Gómez Palomino vs. Peru*, pode-se perceber que, diante de crimes que importem violação à CADH, o primeiro remédio que o Estado deve proporcionar é uma investigação eficaz e um processo judicial destinado a esclarecer os fatos. Esta investigação deve ser iniciada de ofício, realizada em prazo razoável e com a devida diligência, com a adoção de todas as ações necessárias ao menos para esclarecer os fatos (Corte IDH, 2005, p. 32, § 80), inclusive, quando presente a estraneidade, as medidas de cooperação internacional” (Ruiz López; Aras, 2024, p. 116).

⁸ Sobre a duplicidade de obrigações: Fischer; Pereira, 2023. Contudo, vale a referência: “A jurisprudência constante da Corte IDH também afirma ser uma obrigação positiva do Estado *investigar violações de direitos reconhecidos pela Convenção Americana*, restabelecer o direito violado, conhecer a verdade [...], punir os eventuais responsáveis em tempo razoável [...] e promover a reparação dos danos sofridos pela vítima [...], propiciando um recurso verdadeiramente efetivo para este fim [...], no sentido de que seja idôneo para determinar se houve uma violação e ordenar as consequências a partir dessa conclusão [...]. A própria persecução criminal, composta da investigação e julgamento dos fatos, ‘constitui uma forma de reparação’ [...]. Quando o direito à vida está em jogo, a noção de remédio efetivo abrange ao menos o direito à reparação e a uma investigação rigorosa, capaz de levar à punição dos responsáveis pela violação” (Ruiz López; Aras, 2024, p. 114 e 116).

⁹ Sempre importante lembrar que o combate à corrupção e a redução da impunidade relacionada a tais delitos não apenas consta expressamente da Convenção Interamericana Contra a Corrupção, da Convenção das Nações Unidas Contra a Corrupção, como também vem sendo reforçada ano a ano pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos, conforme se percebe pela Resolução 1 de 2017 da Comissão IDH e pela Resolução 1 de 2018 da Comissão IDH, ambas reafirmando a importância de investigar e sancionar a corrupção, evitando a impunidade e a proteção dos direitos humanos violados por tais práticas delitivas.

Assim, inclusive com influxo de regras externas ao seu microsistema, o processo penal deve ser concebido sempre como um instrumento de garantia dos imputados e *também* de busca da realização das consequências previstas na lei penal, mais objetivamente naquilo que se denomina de *acertamento dos fatos* para a proteção da vítima e da sociedade. Em apertada síntese,

[...] as obrigações processuais penais positivas podem ser caracterizadas como um dever imposto aos Estados-Partes de conduzir procedimento investigativo eficiente e processo penal apto a assegurar o acertamento dos fatos ilícitos e a punição dos eventuais autores, sob pena de violação concreta dos dispositivos das convenções regionais de direitos humanos que estipulam a salvaguarda dos direitos fundamentais envolvidos nas práticas ilícitas. (Fischer; Pereira, 2023, p. 123)

3. IN DUBIO PRO SOCIETATE NA PRONÚNCIA?

Encontramos doutrina e vários julgados defendendo que se deveria considerar o aforismo "*in dubio pro societate*" nessa fase inicial do júri, de modo que, "havendo dúvida", o juiz deveria pronunciar.

Não concordamos com essa premissa, respeitosamente, pois não conseguimos visualizar nenhuma base constitucional ou convencional para ela. Por outro lado, se fosse aplicável tal circunstância, não teríamos hipóteses de impronúncia ou despronúncia quando ausentes elementos *suficientes* acerca da autoria do fato delitivo.

É verdade que, na decisão de pronúncia, é vedado ao juiz fazer uma incursão *mais detalhada* na prova acerca da autoria ou participação, especialmente para não influenciar os jurados na apreciação da causa que só lhes compete.

Conforme defendido na companhia de Eugênio Pacelli (Fischer; Pacelli, 2024, p. 1335-1336):

Reconhecemos que há muito existe entendimento jurisprudencial e doutrinário (repetidos quase à exaustão) no sentido de que, nessa fase procedimental, a submissão do julgamento ao Tribunal Popular deveria atender ao *in dubio pro societate*. Entretanto, desde a origem de nossa obra, deixamos claro e expresso (item 413.1) que, num sistema orientado por uma Constituição garantista, não poderia em sua essência o princípio invocado servir como supedâneo para a submissão ao Tribunal Popular. De fato, a regra é a remessa para julgamento perante o júri natural nessas circunstâncias (eventual dúvida),

mas não pelo *in dubio pro societate*. Parece-nos que este é o fundamento preponderante: como regra, apenas o Tribunal do Júri é quem pode analisar e julgar os delitos dolosos contra a vida (também os conexos – art. 78, I, CPP). É dizer, o juiz natural para a apreciação dos delitos contra a vida é o Tribunal do Júri, a quem, como regra (salvo nas hipóteses de absolvição sumária ou desclassificação), deverá ser regularmente encaminhado o processo.

É fundamental deixar bem claro que, nesse primeiro momento, se exige do julgador unicamente o exame das *provas* produzidas até então: se há prova do crime (materialidade) e *indícios suficientes* da autoria.

Então, uma pergunta: e se o juiz tiver alguma dúvida, especialmente sobre a presença ou não dos *indícios suficientes*, nessa nova mais explícita redação legal vigente, o que deve fazer?

Se houver dúvidas (*sobre os elementos mínimos*, grife-se "mínimos", "suficientes"), ele deve impronunciar.

Disso nunca houve dúvidas, pois, "*não se convencendo da materialidade do fato ou da existência de indícios suficientes de autoria ou de participação, o juiz, fundamentadamente, impronunciará o acusado*". Ou seja, o juiz faz (e sempre teve que fazer) um juízo prévio acerca desses requisitos. Obviamente que ele não adentra em detalhes, não exara suas conclusões. Se houver elementos de autoria num sentido e outros elementos em sentido oposto, ele deve pronunciar. Eles são elementos *suficientes* para encaminhar para julgamento. Não pelo *in dubio pro societate*, mas porque a análise do *mérito* da autoria (se esses elementos probatórios são *suficientes* ou não para *condenar*) está fora de sua atribuição legal e constitucional.

Em nossa interpretação, se o juiz não estiver convencido suficientemente sobretudo dos indícios mínimos da autoria, ele deve proceder como sempre fez: impronunciando.

Tanto é que essa decisão não faz coisa julgada material, na medida em que podem surgir, posteriormente, novos elementos que sejam tidos como *indícios suficientes* da autoria, permitindo aí a pronúncia. Caso contrário, não teria sentido a previsão legal da *impronúncia* (ou despronúncia, em sede de reforma da pronúncia).

A posição rechaçando o *in dubio pro societate* não é novidade na jurisprudência do STF, que há muito tempo já assentou que esse aforismo

[...] jamais vigorou no tocante à existência do próprio crime, em relação à qual se reclama esteja o juiz convencido. O convencimento do juiz, exigido na

lei, não é obviamente a convicção íntima do jurado, que os princípios repeliriam, mas **convencimento fundado na prova**: donde, a exigência – que aí cobre tanto a da existência do crime, quanto da ocorrência de indícios de autoria, de que o juiz decline, na decisão, 'os motivos do seu convencimento. (Habeas Corpus nº 81.646-PE, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ de 9.8.2002)

De fato, são encontradas algumas decisões, inclusive do STJ, ocorrendo ao “*in dubio pro societate*”, em relação ao que não concordamos, e.g.:

2. A decisão de pronúncia reclama, nos termos do art. 413 do Código de Processo Penal, a indicação de indícios mínimos de autoria, porquanto nessa fase vigora o princípio *in dubio pro societate*, não sendo imprescindível a certeza da prática delitativa, a qual é exigível somente para a sentença condenatória. [...] Assim, os elementos apontados na pronúncia revelaram-se insuficientes para servir de supedâneo ao juízo positivo ao final do *iudicium accusationis*. 4. Agravo regimental desprovido. (Agravo Regimental no HC nº 891.963-MG, STJ, 6ª Turma, Rel. Min. Antônio Saldanha Palheiro, julgado em sessão virtual encerrada em 24.6.2024, publicado no DJ em 26.6.2024)

Na verdade, a questão diz respeito a um “mínimo suporte probatório” que confira plausibilidade suficiente para submissão do caso ao Tribunal Popular. É disso que se trata, ao menos em nossa compreensão: um sistema com um modelo que preveja a proteção de todas as garantias fundamentais.

4. JULGADOS QUE NÃO ADMITEM A PRONÚNCIA COM BASE APENAS EM TESTEMUNHOS COLHIDOS NA INVESTIGAÇÃO E NÃO REPRODUZIDOS EM JUÍZO SOB O CRIVO DO CONTRADITÓRIO

Não abordaremos aqui as hipóteses de inadmissibilidade das provas de “ouvir dizer”, que, com todas as vênias, em muitas decisões do STJ são referidas como *hearsay testimony*, mediante uma “tradução”

completamente equivocada do termo¹⁰.

O enfoque central do presente texto está exclusivamente nas hipóteses em que *testemunhos foram tomados na investigação, mas essas testemunhas não foram ouvidas novamente na primeira fase do julgamento* para formar a convicção do julgador, para fins de decisão de pronúncia ou não, e que envolvam práticas dolosas por organizações ou facções criminosas.

São reiteradas decisões jurisprudenciais, tanto do STJ como do STF, assentando não ser possível a pronúncia com base em testemunhos que não tenham sido ratificados em juízo, como se vê exemplificativamente das seguintes ementas, que refletem o que foi efetivamente decidido:

2. É ilegal a sentença de pronúncia baseada, unicamente, em testemunhos colhidos no inquérito policial, de acordo com o art. 155 do Código de Processo Penal, por não constituir fundamento idôneo para a submissão da acusação ao Plenário do Tribunal do Júri. 3. No caso em apreço, as únicas provas que apontam a autoria do réu foram o testemunho da vítima de roubo colhido durante o inquérito policial e os depoimentos indiretos judiciais das testemunhas que não viram o que aconteceu, o que destoa do atual entendimento desta Corte Superior de Justiça. (Agravo Regimental em Habeas Corpus nº 832.912-RS, STJ, 6ª Turma, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, julgado em 14.8.2024, publicado no DJ em 15.8.2024)

REFERENDO NA MEDIDA CAUTELAR NO HABEAS CORPUS. DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL. TRIBUNAL DO JÚRI. **DECISÃO DE PRONÚNCIA AMPARADA EXCLUSIVAMENTE EM ELEMENTOS DE INFORMAÇÃO PRODUZIDOS NO INQUÉRITO POLICIAL. IMPOSSIBILIDADE.** [...] Não se admite decisão de pronúncia embasada de modo exclusivo em elementos de informação produzidos no inquérito policial. Jurisprudência desta Turma. (Referendo na Medida Cautelar no Habeas Corpus nº 239.207, STF, 2ª Turma, Rel. Min. Edson Fachin, sessão virtual de 12.4.2024 a 19.4.2024, publicado no DJ em 29.4.2024)

A pronúncia não pode se basear exclusivamente em testemunhos indiretos e elementos informativos do inquérito. Precedentes. 3. O depoimento do policial civil sobre o que ouviu dizer de outras pessoas no inquérito não “judicializa” aqueles elementos da fase inquisitorial, (até pela natureza indireta do testemunho do policial), o que configuraria burla ao art. 155 do CPP. Entendimento das duas

¹⁰ Como se pode verificar em dois textos divulgados em nosso site, disponíveis em: <https://temasjuridicospdf.com/hearsay-tropicalizado-a-di-ta-prova-por-ouvir-dizer/>; <https://temasjuridicospdf.com/lost-in-translation-o-hearsay-segundo-o-superior-tribunal-de-justica/>. Acesso em: 04 dez. 2024.

Turmas especializadas em direito penal. (Agravo Regimental no Recurso Especial nº 2.090.160-RS, STJ, 5ª Turma, Rel. Min. Ribeiro Dantas, sessão virtual de 7.11.2023 a 13.11.2023, publicado no DJ em 16.11.2023)

No âmbito do STJ, a questão foi objeto de afetação para deliberação:

PROPOSTA DE AFETAÇÃO. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. DIREITO PENAL. PRONÚNCIA. FUNDAMENTO EXCLUSIVO. ELEMENTOS COLHIDOS DURANTE O INQUÉRITO POLICIAL. TESTEMUNHO INDIRETO. AINDA QUE COLHIDO EM JUÍZO. ISOLADAMENTE. NÃO RECONHECIMENTO. MEIO DE PROVA IDÔNEO. PRONÚNCIA.

1. **Delimitação da controvérsia: definir a) se, nos termos do art. 155 do CPP, a pronúncia não pode se fundamentar exclusivamente em elementos colhidos durante o inquérito policial; b) se o testemunho indireto, ainda que colhido em juízo, não constitui, isoladamente, meio de prova idôneo para a pronúncia.**

2. Afetação do recurso especial ao rito dos arts. 1.036 e ss. do CPC/2015 E 256 e ss. do RSTJ. (Proposta de Afetação no Recurso Especial nº 2.048.687-BA, STJ, 3ª Seção, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, julgado em 14.5.2024, publicado no DJ em 29.5.2024)

Independentemente do que venha a ser decidido (acreditamos que seguirá os julgados já nominados), pretendemos *antecipar* uma distinção essencial, que deve ser tomada como válida para fins de decisão ou não de pronúncia.

5. CONCLUSÕES E UM *DISTINGUISH* NECESSÁRIO: CRIMES DOLOSOS CONTRA A VIDA PRATICADOS POR INTEGRANTES DE ORGANIZAÇÕES CRIMINOSAS OU ASSEMELHADAS

Em nossa compreensão, com todo o respeito, é possível tecer críticas aos posicionamentos acima destacados, na medida em que a ampla defesa há muito já é exercida na fase investigatória (não há contraditório nessa fase processual), de modo que, ao menos para

nós, não seria desarrazoado sustentar que seria possível, em tese, o julgador proferir decisão de pronúncia tendo por base apenas testemunhos colhidos na fase de investigação. Mas não insistiremos aqui, pois o objetivo do presente texto é trazer um necessário *distinguish* a partir das premissas fixadas nos mencionados julgados.

Como desenvolvido anteriormente (dentro dos limites possíveis e do espaço da proposta deste texto), a questão atinente à sustentabilidade da decisão de pronúncia diz respeito ao *lastro probatório*, especialmente quanto à autoria do fato imputado na denúncia já recebida.

Outra premissa também é fundamental: nos termos dos arts. 41 e 395 do CPP, para o recebimento da denúncia já se reconheceu haver “indícios da autoria”, circunstância que, normalmente, está preclusa na fase de pronúncia. Como reiteradamente reconhecido pela jurisprudência do STF e do STJ:

Presentes os requisitos do artigo 41 do Código de Processo Penal e a necessária justa causa para a ação penal (CPP, art. 395, III), analisada a partir dos seus três componentes: tipicidade, punibilidade e viabilidade, de maneira a garantir a presença de um suporte probatório mínimo a indicar a legitimidade da imputação, sendo traduzida na existência, no inquérito, de elementos sérios e idôneos que demonstrem a materialidade do crime e de indícios razoáveis de autoria. (Inquérito nº 4.922, STF, Plenário, Rel. Min. Alexandre de Moraes, por maioria, sessão virtual de 18.4.2023 a 24.4.2023, publicado no DJ em 9.5.2023)

Veja-se de forma bem clara: existe “viabilidade” da imputação, especialmente quanto a um “suporte mínimo a indicar a legitimidade da imputação”.

Ora, se isso foi reconhecido pelo juízo ao receber a peça acusatória e lhe é vedado incursionar mais detalhadamente nos elementos da prova exatamente para não “influenciar os jurados” caso seja submetido o feito ao plenário, *há um indicativo positivo* da suficiência da acusação. Claro que deve haver uma demonstração na fundamentação da decisão de pronúncia dos indícios da autoria e da certeza do crime. Do contrário, jamais teríamos possibilidade de cogitar impronúncia ou despronúncia de ações penais já instauradas.

Não estamos fazendo uma “vinculação” no sentido de que o recebimento da denúncia geraria uma presunção que não pode ser desfeita no momento decisivo da pronúncia/impronúncia. Claro que não, pois, do contrário, não poderíamos tratar de impronúncia ou despronúncia em feitos com ações penais recebidas.

Entretanto, temos que considerar que, em crimes cometidos por organizações criminosas ou facções, impera o “medo”, graças a intimidações ou retaliações, que essas testemunhas que já tenham falado na investigação possam não ter condições de “ratificar” em ambas as fases do júri o que informaram na fase investigativa.

Seguidamente invocado para não admitir a pronúncia quando existentes elementos probatórios apenas na fase investigativa, o art. 155 do CPP dispõe 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, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas”.

De fato, são inúmeras as decisões reconhecendo que, “a teor do art. 155 do Código de Processo Penal, **é inadmissível que a condenação** do réu seja fundada exclusivamente em elementos de informação colhidos durante o inquérito e não submetidos ao crivo do contraditório e da ampla defesa, **ressalvadas as provas cautelares e irrepitíveis**” (Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial nº 2.365.210-MG, STJ, 5ª Turma, Rel. Min. Ribeiro Dantas, julgado em 5.9.2023, publicado no DJ em 12.9.2023). A maioria dos casos trata da condenação proferida pelo juiz singular na apreciação da prova.

O *distinguish* necessário e essencial está exatamente aí: em casos de crimes cometidos por organizações criminosas/facções/grupos de extermínio — cuja competência não é do juiz singular, mas do júri —, quando não puderem ser ratificados em juízo, esses testemunhos devem ser considerados, por equiparação, *provas irrepitíveis*.

O julgador não pode se afastar da realidade das coisas; é preciso considerar que essa premissa, embora não absoluta, é de uma enorme plausibilidade fática.

O STJ já reconheceu que determinada pronúncia se deu porque entendeu-se “haver elemento probatório suficiente para submetê-lo a julgamento pelo Tribunal do Júri - notadamente pelo depoimento colhido na fase inquisitória. Além disso, destacou ser o testemunho em questão **prova irrepitível, diante da morte do depoente**” (AgRg no AREsp n. 1.609.833/RS, relator Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 6/10/2020, DJe de 16/10/2020).

Claro que um testemunho de pessoa (ainda) viva não é o mesmo de uma que já morreu. Mas, faticamente, de regra, não é desarrazoado fazer uma interpretação de que esse testemunho que não consegue ser ratificado em juízo possa ser *equiparável* a uma prova irrepitível. Como sempre advertido com maestria pelo Ministro Néri da Silveira ao solucionar uma questão diversa, mas aplicável em sua inteireza aqui pela objetividade: “Não se trata de pura e simples presunção, mas de compreender os fatos consoante a realidade das coisas” (HC nº 77.444-1, DJ 23.4.1999).

Diga-se mais: para fins de pronúncia, o juiz deverá analisar se os testemunhos não ratificados em juízo possuem credibilidade, sustentabilidade e, sobretudo, **logicidade com a narrativa posta da denúncia**. Noutras palavras, ele fará um juízo de cognição, sim, mas partindo da análise de se esses elementos reforçam a conclusão da denúncia já recebida, dentro do contexto probatório, pois a competência para uma análise mais aprofundada — mesmo que sob o pálio da “íntima convicção” — será dos jurados.

E deixe-se também bem claro: a íntima convicção não autorizará os jurados a proferir uma decisão que seja totalmente dissociada da prova preponderante nos autos. Nem para condenar, nem para absolver. Íntima convicção não autoriza decisões discricionárias e/ou arbitrárias¹¹.

Nossas premissas ora defendidas não são uma “inovação”.

Traçamos apenas algumas linhas complementares de reforço.

É que, sem abordar o tema da “prova irrepitível” (que é o que sustentamos como argumento de reforço), o próprio STJ já reconheceu que

2. Das informações prestadas pelo Juízo singular, verifica-se que já houve sessão plenária do Júri, ocasião em que o paciente foi condenado à pena de 72 anos e 8 meses de reclusão. [...]

3. Adentrando ao mérito, verifica-se que **apesar de nenhuma testemunha ocular ter sido ouvida perante o juízo, diante das peculiaridades do caso, entendo não assistir razão à defesa, isso porque, extrai-se dos autos que todas as pessoas da comunidade tinham medo ou pavor dos denunciados, que integravam um grupo**

¹¹ A propósito, remetemos a um texto em que abordamos mais detalhadamente essa questão diante da existência do chamado “quesito genérico de clemência”, disponível em: <https://temasjuridicospdf.com/relatorio-da-cidh-clemencia-no-juri-e-prerrogativa-de-foro-podem-ensejar-nova-condenacao-do-brasil/>. Acesso em: 4 dez. 2024.

extremamente temido pela comunidade, visto que agiam, habitualmente, como grupo de extermínio, matando “sem medo nenhum de represália por parte da polícia”, de “cara limpa”.

4. Ademais, consta dos autos, que uma testemunha, atuando como policial civil, esteve no local dos fatos no dia seguinte aos assassinatos e que escutou de diversas pessoas que os acusados foram os autores do delito, o que se confirmou no decorrer das investigações, porém, **em razão do medo generalizado na comunidade do referido grupo de extermínio, nenhuma das testemunhas oculares prestou depoimento na delegacia. Ressalta que várias pessoas sabiam da autoria delitiva, mas que todas tinham medo ou pavor dos acusados, razão pela qual se negaram a prestar depoimento.**

5. **Apesar da jurisprudência desta Corte entender pela insuficiência do testemunho indireto para consubstanciar a decisão de pronúncia, entendo, excepcionalmente, que o presente caso, em razão de sua especificidade, merece um *distinguishing*, pois extrai-se dos autos que a comunidade tem pavor dos denunciados, tendo em vista que eles constituem um grupo de extermínio com atuação habitual no local, razão pela qual não se prestaram a depor perante as autoridades policial e judicial.** (Agravo Regimental no HC nº 810.692-RJ, STJ, 6ª Turma, Rel. Min. Sebastião Reis Nunes, julgado em 11.9.2023, publicado no DJ em 14.9.2023)

É disso que estamos tratando aqui, embora com uma especificidade agregada muito importante: é fundamental considerar que esse testemunho deva ser tido como uma *possível prova irrepitível*, ancorada na própria legislação vigente: o art. 155 do CPP, *in fine*. Exatamente essa conclusão foi exarada em brilhante julgado no RSE nº 5000099-73.2024.8.21.0165/RS (TJRS), da lavra do Des. David Medina da Silva.

Noutras palavras, a restrição vigente pelo STJ quando às provas não judicializadas não fica arranhada pela interpretação ora proposta, pois se coaduna com a essência da parte final da regra mencionada.

Evidentemente que a prudência recomenda que não se faça dessa proposta um “automatismo” para casos futuros, ensejando pronúncias em série mediante a invocação de “irrepetibilidade” de provas. Caberá ao juiz sempre decidir diante do caso concreto por meio da devida e racional fundamentação.

Como dito nas premissas inaugurais do presente texto, se por um lado é verdade que o juiz deve levar

em consideração os direitos e garantias do investigado ou processado, por outro (e na mesma medida), deve proteger igualmente os direitos das vítimas de crimes ou de seus familiares.

A busca de uma *decisão mais justa* de viabilidade de submissão ao tribunal popular (embora, nesses crimes, o mérito caiba aos jurados) deve ser considerada pelo julgador no momento da pronúncia ou impronúncia.

A realização dos *direitos humanos* em sua plenitude não deve considerar exclusivamente os direitos dos investigados/réus. Na linha do que é defendido na companhia de Frederico Valdez Pereira (Fischer; Pereira, 2023, p. 19), “desde o caso Velásquez--Rodríguez a Corte IDH claramente rejeitou a concepção clássica de que os direitos fundamentais somente impulsionam obrigações negativas aos poderes estatais, atestando a importância da justiça penal na efetiva proteção de direitos fundamentais”.

Na décima condenação (dentre as 13 já proferidas contra o Brasil, todas por violações dos direitos das vítimas), analisando o caso do homicídio praticado contra Márcia Barbosa¹², a Corte IDH deixou expresso, entre tantas questões, que o “direito de acesso à justiça em casos de violações aos direitos humanos deve assegurar, em tempo razoável, o direito das supostas vítimas ou de seus familiares a que se faça todo o necessário para conhecer a verdade sobre o ocorrido e investigar, julgar e, se for o caso, sancionar os eventuais responsáveis” (§ 134).

Não se admitir a pronúncia em situações excepcionais como as demonstradas aqui pode gerar a impunidade de inúmeros casos, pela consideração de premissas que protejam exclusivamente interesses dos supostos autores do fato criminoso.

Deve-se sempre considerar que, na linha do entendimento expresso da Corte de Direitos Humanos, “a falta em seu conjunto de investigação, persecução, captura, instrução processual e condenação dos responsáveis pelas violações dos direitos protegidos pela Convenção Americana, uma vez que o **Estado tem a obrigação de combater tal situação por TODOS os meios legais disponíveis, já que a impunidade propicia a repetição crônica das violações dos direitos humanos e total desproteção das vítimas e seus familiares**”(Corte IDH, Caso Ivcher Bronstein. Sentença de 6 de fevereiro de 2001. Série C, n. 74, par. 186; Corte IDH, Caso do Tribunal Constitucional. Sentença de 31 de janeiro de 2001. Série C, n. 71, par. 123; Corte IDH,

12 Disponível em: <https://temasjuridicospdf.com/condenacao-no-10-caso-barbosa-de-souza-de-7-de-setembro-de-2021/>. Acesso em: 4 dez. 2024.

Caso Bámaca Velásquez. Sentença de 25 de novembro de 2000. Série C n. 70, par. 211).

Não se quer a punição de alguém que seja inocente.

Mas, se a Constituição Federal atribuiu ao júri a competência para decidir pelo mérito esses crimes, o julgador deve, sim, considerar para fins de pronúncia que, quando praticados por membros de organizações criminosas/facções, desde que presentes uma logicidade e uma plausibilidade, o testemunho não ratificado em sede judicial deve ser considerado como equiparado a prova irrepelível e, portanto, em tese, válido para possível decisão de pronúncia.

6. REFERÊNCIAS

BRANDALISE, Rodrigo da Silva; FISCHER, Douglas. A pronúncia, sua confirmação e as hipóteses de interrupção da prescrição. *In*: FLACH, Michael Schneider (org.) **Direito Penal Contemporâneo**. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2024.

CORTE IDH – CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras**. Sentença de 29 de julho de 1988. San José: Corte IDH, 1988.

CORTE IDH – CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Kawas Fernández vs. Honduras**. Sentencia de 3 de abril de 2009 San José: Corte IDH, 2009

CORTE IDH – CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Gomes Lund e outros vs. Brasil**. Sentença de 24 de novembro de 2010. San José: Corte IDH, 2010

FISCHER, Douglas. PACELLI, Eugênio. **Comentários ao Código de Processo Penal e sua Jurisprudência**. 16. ed. Salvador: Juspodvim, 2024

FISCHER, Douglas, PEREIRA, Frederico Valdez. **As Obrigações Processuais Penais Positivas – Segundo as Cortes Europeia e Interamericana de Direitos Humanos**. 4. ed., rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2023.

MESQUITA, Paulo Dá. **Direção do inquérito policial e garantia judiciária**. Coimbra: Coimbra, 2003.

PEREIRA, Frederico Valdez. **Fundamentos do justo processo penal convencional**: As garantias processuais e o valor instrumental do devido processo penal. Belo Horizonte: D'Plácido, 2020.

RUIZ LÓPEZ, Carmen Eloísa; ARAS, Vladimir Barros. A ação penal como um remédio efetivo para a defesa de direitos humanos: uma visão a partir das cortes regionais. **Revista Jurídica da Presidência**, v. 26, n. 138, 2024.

REFLEXÕES REFERENTES AOS IMPACTOS DA RESOLUÇÃO Nº 487/23, DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, QUE INSTITUI A POLÍTICA ANTIMANICOMIAL DO PODER JUDICIÁRIO NO ORDENAMENTO JURÍDICO PENAL BRASILEIRO SOB A ÓTICA DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL, DO CÓDIGO PENAL, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL E DA LEI DE EXECUÇÃO PENAL: INCONSTITUCIONALIDADE E ILEGALIDADE? HOUVE DISCUSSÃO COM A SOCIEDADE CIVIL E COM OS RESPONSÁVEIS PELA IMPLEMENTAÇÃO DA POLÍTICA PÚBLICA?

PALOMA COUTINHO CARBALLIDO¹
MARCOS PAULO DE SOUZA MIRANDA²
BRUNO LIMA PITANGA³

1. INTRODUÇÃO

O Objetivo geral desta pesquisa é investigar a inconstitucionalidade e a ilegalidade da Resolução nº 487/23, do Conselho Nacional de Justiça, frente às normativas que regem a aplicação e execução das medidas de segurança previstas no Código Penal, no Código de Processo Penal e nas Lei de Execução Penal, bem como a ausência da necessária discussão com a sociedade civil e com os responsáveis pela política pública de atendimento à saúde mental.

O tema possui densa relevância prática, pois a aplicação dos ditames da Lei nº 10.216/01, materializados na Resolução nº 487/23 do CNJ, desconfigurará o instituto jurídico da medida de segurança criminal, extinguindo a medida de internação em hospitais de custódia e tratamento, muitas das vezes necessária, equiparando o tratamento das internações psiquiátricas cíveis àqueles

oriundos de sentenças criminais absolutórias impróprias, culminando na impossibilidade de novas internações e no fechamento dos próprios hospitais de custódia e tratamento psiquiátricos.

Há ainda relevância teórica, pois o estudo visa contribuir de modo técnico para que o Supremo Tribunal Federal julgue procedente a ADI 7389 DF proposta pelo partido político PODEMOS em face da Resolução nº 487/23 do CNJ, bem como para aprovação do PDL nº 81/23, em trâmite na Câmara dos Deputados e que susta os efeitos da citada Resolução.

Justifica-se também a pesquisa sob a ótica sócio-filosófica para que haja reflexão, a partir do objeto proposto, se a Resolução nº 487/23 do CNJ foi objeto de amplo debate e discussão com a sociedade civil e com os responsáveis pela política pública.

O artigo iniciará com o conteúdo da Resolução nº

1 Promotora de Justiça em Minas Gerais. Coordenadora do Núcleo de Execução Penal do CAOCRIM.

2 Promotor de Justiça em Minas Gerais. Coordenador do CAOCRIM.

3 Assessor de Promotor (a) de Justiça em Minas Gerais. Assessor do Núcleo da execução Penal do CAOCRIM.

487/23 do CNJ em um esquema comparativo com o Código Penal, o Código de Processo Penal e a Lei de Execução Penal.

Na sequência será feita análise técnica da comparação para reflexão sobre a inconstitucionalidade e ilegalidade da Res. 487/23 do CNJ.

Na parte final do estudo, passa-se à análise da ausência da necessária discussão com a sociedade civil e os responsáveis pela política pública ligada ao tratamento da saúde mental.

Nessa senda, questiona-se neste artigo a aplicação da Lei nº 10.216/01, materializada na Res. Nº 487/23 do CNJ, no âmbito penal, que possui legislação própria para regência da medida de segurança, seja visando a sua aplicação ou a sua execução, a inconstitucionalidade e ilegalidade da citada Resolução, além da ausência de

discussão com a sociedade civil e os responsáveis pela política pública de saúde mental.

2. DO CONTEÚDO DA RESOLUÇÃO Nº 487/23

A Resolução nº 487/23 do CNJ ao implementar a política antimanicomial prevista na Lei nº 10.216/2001 na seara criminal, ultrapassou os limites de mera regulamentação administrativa interna do Poder Judiciário permitida constitucionalmente, inovando e até mesmo revogando disposições existentes no Código Penal, no Código de Processo Penal e na Lei de Execução Penal.

Por meio do quadro comparativo abaixo, pode-se verificar as diferenças sobre os principais dispositivos sobre a matéria.

Resolução CNJ nº 487/2023	Código Penal	Código de Processo Penal	Lei nº 7.210/1984 - LEP
<p>Art. 2º Para fins desta Resolução, considera-se:</p> <p>1 - pessoa com transtorno mental ou com qualquer forma de deficiência psicossocial: aquela com algum comprometimento, impedimento ou dificuldade psíquica, intelectual ou mental que, confrontada por barreiras atitudinais ou institucionais, tenha inviabilizada a plena manutenção da organização da vida ou lhe cause sofrimento psíquico e que apresente necessidade de cuidado em saúde mental em qualquer fase do ciclo penal, independentemente de exame médico-legal ou medida de</p>	<p>Art. 97. Se o agente for inimputável, o juiz determinará sua internação (art. 26) Se, todavia, o fato previsto como crime for punível com detenção, poderá o juiz submetê-lo a tratamento ambulatorial.</p> <p>§ 1º - A internação, ou tratamento ambulatorial, será por tempo indeterminado, perdurando enquanto não for averiguada, mediante perícia médica, a cessação de periculosidade. O prazo mínimo deverá ser de 1 (um) a 3 (três) anos.</p>	<p>Art. 149. Quando houver dúvida sobre a integridade mental do acusado, o juiz ordenará, de ofício ou a requerimento do Ministério Público, do defensor, do curador, do ascendente, descendente, irmão ou cônjuge do acusado, seja este submetido a exame médico-legal</p> <p>Art. 150. Para o efeito do exame, o acusado, se estiver preso, será internado em manicômio judiciário, onde houver, ou, se estiver solto, e o requererem os peritos, em estabelecimento adequado que o juiz designar.</p> <p>Art. 682. O sentenciado a que sobrevier doença mental, verificada por perícia médica, será</p>	<p>Art. 100. O exame psiquiátrico e os demais exames necessários ao tratamento são obrigatórios para todos os internados.</p> <p>Art. 175. A cessação da periculosidade será averiguada no fim do prazo mínimo de duração da medida de segurança, pelo exame das condições pessoais do agente, observando-se o seguinte:</p> <p>(...)</p> <p>II - o relatório será instruído com o laudo psiquiátrico;</p>

<p>segurança em curso;</p>		<p>internado em manicômio judiciário, ou, à falta, em outro estabelecimento adequado, onde lhe seja assegurada a custódia.</p> <p>§ 1º Em caso de urgência, o diretor do estabelecimento penal poderá determinar a remoção do sentenciado, comunicando imediatamente a providência ao juiz, que, em face da perícia médica, ratificará ou revogará a medida.</p>	
<p><u>Art. 3º</u> São princípios e diretrizes que regem o tratamento das pessoas com transtorno mental no âmbito da jurisdição penal:</p> <p>(...)</p> <p>V - a adoção de política antimanicomial na execução de medida de segurança;</p> <p>VI - o interesse exclusivo do tratamento em benefício à saúde, com vistas ao suporte e reabilitação psicossocial por meio da inclusão social, a partir da reconstrução de laços e de referências familiares e comunitárias, da valorização e do fortalecimento das habilidades da pessoa e do acesso à proteção social, à renda, ao trabalho e ao tratamento de saúde,</p>	<p><u>Art. 96.</u> As medidas de segurança são:</p> <p>IInternação em hospital de custódia e tratamento psiquiátrico ou, à falta, em outro estabelecimento adequado;</p> <p><u>Art. 97.</u> Se o agente for imputável, o juiz determinará sua internação (art. 26). Se, todavia, o fato previsto como crime for punível com detenção, poderá o juiz submetê-lo a tratamento ambulatorial.</p> <p>§ 1º - A internação, ou tratamento ambulatorial, será por tempo indeterminado, perdurando enquanto não for averiguada, mediante perícia médica, a cessação de periculosidade. O prazo mínimo deverá ser de 1 (um) a 3 (três) anos.</p> <p>(...)</p> <p>§ 3ºA desinternação, ou a liberação, será sempre condicional</p>	<p><u>Art. 152.</u> Se se verificar que a doença mental sobreveio à infração o processo continuará suspenso até que o acusado se restabeleça, observado o § 2º do art. 149.</p> <p>§ 1º O juiz poderá, nesse caso, ordenar a internação do acusado em manicômio judiciário ou em outro estabelecimento adequado.</p> <p><u>Art. 319.</u> São medidas cautelares diversas da prisão:</p> <p>(...)</p> <p>VIIinternação provisória do acusado nas hipóteses de crimes praticados com violência ou grave ameaça, quando os peritos concluírem ser imputável ou semi-imputável (art. 26 do Código Penal) e houver risco de reiteração;</p>	<p><u>Art. 1º</u> A execução penal tem por objetivo efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado.</p> <p><u>Art. 2º</u> A jurisdição penal dos Juízes ou Tribunais da Justiça ordinária, em todo o Território Nacional, será exercida, no processo de execução, na conformidade desta Lei e do Código de Processo Penal.</p> <p><u>Art. 3º</u> Ao condenado e ao internado serão assegurados todos os direitos não atingidos pela sentença ou pela lei.</p> <p><u>Art. 99</u> O Hospital de Custódia e Tratamento Psiquiátrico destina-se aos imputáveis e semi-imputáveis referidos no artigo 26 e seu parágrafo único do</p>

<p>(cc)</p> <p>VIII - a indicação da internação fundada exclusivamente em razões clínicas de saúde, privilegiando-se a avaliação multiprofissional de cada caso, pelo período estritamente necessário à estabilização do quadro de saúde e apenas quando os recursos extra-hospitalares se mostrarem insuficientes, vedada a internação em instituição de caráter asilar, como os Hospitais de Custódia e Tratamento Psiquiátrico (ICTPs) e estabelecimentos congêneres, como hospitais psiquiátricos;</p>	<p>devendo ser restabelecida a situação anterior se o agente, antes do decurso de 1 (um) ano, pratica fato indicativo de persistência de sua periculosidade.</p> <p>Art. 99. - O internado será recolhido a estabelecimento dotado de características hospitalares e será submetido a tratamento.</p>	<p>Art. 682. O sentenciado a que sobrevier doença mental, verificada por perícia médica, será internado em manicômio judiciário, ou, à falta, em outro estabelecimento adequado, onde lhe seja assegurada a custódia.</p>	<p>Código Penal.</p> <p>Art. 101. O tratamento ambulatorial, previsto no artigo 97, segunda parte, do Código Penal, será realizado no Hospital de Custódia e Tratamento Psiquiátrico ou em outro local com dependência médica adequada.</p> <p>Art. 108. O condenado a quem sobrevier doença mental será internado em Hospital de Custódia e Tratamento Psiquiátrico.</p>
<p>Art. 10. (cc)</p> <p>Parágrafo único. Considerando que o incidente de insanidade mental que subsidiará a autoridade judicial na decisão sobre a culpabilidade ou não do réu é prova pericial constituída em favor da defesa, não é possível determiná-la compulsoriamente em caso de oposição desta.</p>		<p>Art. 149. Quando houver dúvida sobre a integridade mental do acusado, o juiz ordenará, de ofício ou a requerimento do Ministério Público, do defensor, do curador, do ascendente, descendente, irmão ou cônjuge do acusado, seja este submetido a exame médico legal.</p> <p>§ 1º O exame poderá ser ordenado ainda na fase do inquérito, mediante representação da autoridade policial ao juiz competente.</p> <p>Art. 777. Em qualquer tempo, ainda durante o prazo mínimo de duração da medida de segurança, poderá o tribunal, câmara ou</p>	<p>Art. 68. Incumbe, ainda, ao Ministério Público:</p> <p>II - requerer:</p> <p>a) todas as providências necessárias ao desenvolvimento do processo executivo;</p> <p>Art. 176. Em qualquer tempo, ainda no decorrer do prazo mínimo de duração da medida de segurança, poderá o Juiz da execução, diante de requerimento fundamentado do Ministério Público ou do interessado, seu procurador ou defensor, ordenar o exame para que se verifique a cessação da periculosidade, procedendo-se nos</p>

		<p>turma, a requerimento do Ministério Público ou do interessado, seu defensor ou curador, ordenar o exame, para a verificação da cessação da periculosidade.</p>	<p>termos do artigo anterior.</p> <p>Art. 194. O procedimento correspondente às situações previstas nesta Lei será judicial, desenvolvendo-se perante o Juízo da execução.</p>
<p>Art. 11. Na sentença criminal que imponha medida de segurança, a autoridade judicial determinará a modalidade mais indicada ao tratamento de saúde da pessoa acusada, considerados a avaliação</p> <p>Parágrafo único. A autoridade judicial levará em conta, nas decisões que envolvam imposição ou alteração do cumprimento de medida de segurança, os pareceres das equipes multiprofissionais que atendem o paciente na Raps, da EAP ou outra equipe conectora.</p> <p>Art. 12. A medida de tratamento ambulatorial será priorizada em detrimento da medida de internação e será acompanhada pela autoridade judicial a partir de fluxos estabelecidos entre o Poder Judiciário e a Raps, com o auxílio da equipe multidisciplinar do juízo, evitando-se a</p>	<p>Art. 96. As medidas de segurança são:</p> <p>I - Internação em hospital de custódia e tratamento psiquiátrico ou, à falta, em outro estabelecimento adequado;</p> <p>Art. 97. - Se o agente for imputável, o juiz determinará sua internação (art. 26). Se, todavia, o fato previsto como crime for punível com detenção, poderá o juiz submetê-lo a tratamento ambulatorial.</p> <p>Art. 99. - O internado será recolhido a estabelecimento dotado de características hospitalares e será submetido a tratamento.</p>	<p>Art. 66. Compete ao juiz da execução:</p> <p>(...)</p> <p>V - determinar:</p> <p>d) a aplicação da medida de segurança, bem como a substituição da pena por medida de segurança;</p> <p>e) a revogação da medida de segurança;</p> <p>f) a desinternação e o restabelecimento da situação anterior;</p> <p>Art. 68. Incumbe, ainda, ao Ministério Público:</p> <p>II - requerer:</p> <p>c) a aplicação de medida de segurança, bem como a substituição da pena por medida de segurança,</p> <p>d) a revogação da medida de segurança;</p> <p>f) a internação, a desinternação e o restabelecimento da situação anterior.</p> <p>Art. 82. Os estabelecimentos penais destinam-se ao condenado, ao submetido à medida de segurança, ao preso provisório e ao egresso.</p> <p>Art. 99. O Hospital de</p>	

<p>imposição do ônus de comprovação do tratamento à pessoa com transtorno mental ou qualquer forma de deficiência psicossocial.</p> <p>(...)</p> <p>§ 4º Eventual prescrição de outros recursos terapêuticos a serem adotados por equipe de saúde por necessidade da pessoa e enquanto parte de seu PTS, incluindo a internação, não deve ter caráter punitivo, tampouco deve ensejar a conversão da medida de tratamento ambulatorial em medida de internação.</p> <p>§ 5º A autoridade judicial avaliará a possibilidade de extinção da medida de segurança, no mínimo, anualmente, ou a qualquer tempo, quando requerido pela defesa ou indicada pela equipe de saúde que acompanha o paciente, não estando condicionada ao término do tratamento em saúde mental.</p> <p>Art. 13. A imposição de medida de segurança de internação ou de internação provisória ocorrerá em hipóteses absolutamente excepcionais, quando não cabíveis ou suficientes outras medidas cautelares</p>			<p>Custódia e Tratamento Psiquiátrico destina-se aos inimputáveis e semi-imputáveis referidos no artigo 26 e seu parágrafo único do Código Penal.</p> <p>Art. 101. O tratamento ambulatorial, previsto no artigo 97, segunda parte, do Código Penal, será realizado no Hospital de Custódia e Tratamento Psiquiátrico ou em outro local com dependência médica adequada.</p> <p>Art. 108. O condenado a quem sobrevier doença mental será internado em Hospital de Custódia e Tratamento Psiquiátrico.</p> <p>Art. 175. A cessação da periculosidade será averiguada no fim do prazo mínimo de duração da medida de segurança, pelo exame das condições pessoais do agente, observando-se o seguinte:</p> <p>I - a autoridade administrativa, até 1 (um) mês antes de expirar o prazo de duração mínima da medida, remeterá ao Juiz minucioso relatório que o habilite a resolver sobre a revogação ou permanência da medida;</p> <p>V - o Juiz, de ofício ou a requerimento de qualquer das partes, poderá determinar novas diligências, ainda que expirado o prazo de duração mínima da medida de</p>
---	--	--	---

<p>diversas da prisão e quando compreendidas como recurso terapêutico momentaneamente adequado no âmbito do PTS, enquanto necessárias ao restabelecimento da saúde da pessoa, desde que prescritas por equipe de saúde da Raps.</p> <p>§ 1º A internação, nas hipóteses referidas no caput, será cumprida em leito de saúde mental em Hospital Geral ou outro equipamento de saúde referenciado pelo Caps da Raps, cabendo ao Poder Judiciário atuar para que nenhuma pessoa com transtorno mental seja colocada ou mantida em unidade prisional, ainda que em enfermaria, ou seja submetida à internação em instituições com características asilares, como os HCTPs ou equipamentos congêneres, assim entendidas aquelas sem condições de proporcionar assistência integral à saúde da pessoa ou de possibilitar o exercício dos direitos previstos no art. 2º da Lei n. 10.216/2001.</p> <p>§ 2º A internação cessará quando, a critério da equipe de saúde multidisciplinar, restar demonstrada a</p>			<p>segurança;</p> <p>Art. 179. Transitada em julgado a sentença, o juiz expedirá ordem para a desinternação ou a liberação.</p> <p>Art. 184. O tratamento ambulatorial poderá ser convertido em internação se o agente revelar incompatibilidade com a medida.</p> <p>Parágrafo único. Nesta hipótese, o prazo mínimo de internação será de 1 (um) ano.</p>
---	--	--	---

<p>sua desnecessidade enquanto recurso terapêutico, caso em que, comunicada a alta hospitalar à autoridade judicial, o acompanhamento psicossocial poderá continuar nos demais dispositivos da Raps, em meio aberto.</p>			
<p>Art. 16. No prazo de até 6 (seis) meses, contados a partir da entrada em vigor desta Resolução, a autoridade judicial competente revisará os processos a fim de avaliar a possibilidade de extinção da medida em curso, progressão para tratamento ambulatorial em meio aberto ou transferência para estabelecimento de saúde adequado, nos casos relativos:</p> <p>1 - à execução de medida de segurança que estejam sendo cumpridas em HCTPs, em instituições congêneres ou unidades prisionais,</p> <p>Art. 17. Sem prejuízo do disposto no artigo anterior, a autoridade judicial competente para a execução penal determinará a elaboração, no prazo de 12 (doze) meses contados da entrada em vigor desta Resolução, de PTQ para todos os pacientes em medida de segurança que ainda estiverem internados em</p>	<p>Art. 96. As medidas de segurança são:</p> <p>I - Internação em hospital de custódia e tratamento psiquiátrico ou, à falta, em outro estabelecimento adequado;</p> <p>Art. 97. Se o agente for imputável, o juiz determinará sua internação (art. 26). Se, todavia, o fato previsto como crime for punível com detenção, poderá o juiz submetê-lo a tratamento ambulatorial.</p> <p>§ 1º - A internação, ou tratamento ambulatorial, será por tempo indeterminado, perdurando enquanto não for averiguada, mediante perícia médica, a cessação de periculosidade. O prazo mínimo deverá ser de 1 (um) a 3 (três) anos.</p>		<p>Art. 99. O Hospital de Custódia e Tratamento Psiquiátrico destina-se aos imputáveis e semi imputáveis referidos no artigo 26 e seu parágrafo único do Código Penal.</p> <p>Art. 101. O tratamento ambulatorial, previsto no artigo 97, segunda parte, do Código Penal, será realizado no Hospital de Custódia e Tratamento Psiquiátrico ou em outro local com dependência médica adequada.</p> <p>Art. 108. O condenado a quem sobrevier doença mental será internado em Hospital de Custódia e Tratamento Psiquiátrico.</p> <p>Art. 175. A cessação da periculosidade será averiguada no fim do prazo mínimo de duração da medida de segurança, pelo exame das condições pessoais do agente, observando-se o seguinte:</p> <p>I - a autoridade administrativa, até 1 (um) mês antes de expirar o prazo de duração mínima da</p>

<p>HCTP, em instituições congêneres ou unidades prisionais, com vistas à alta planejada e à reabilitação psicossocial assistida em meio aberto, a serem apresentadas no processo ou em audiência judicial que conte com a participação de representantes das entidades envolvidas nos PTSs.</p> <p>Art. 18. No prazo de 6 (seis) meses contados da publicação desta Resolução, a autoridade judicial competente determinará a interdição parcial de estabelecimentos, alas ou instituições congêneres de custódia e tratamento psiquiátrico no Brasil, com proibição de novas internações em suas dependências e, em até 12 (doze) meses a partir da entrada em vigor desta Resolução, a interdição total e o fechamento dessas instituições.</p>			<p>medida, remeterá ao Juiz minucioso relatório que o habilite a resolver sobre a revogação ou permanência da medida;</p> <p>V. o Juiz, de ofício ou a requerimento de qualquer das partes, poderá determinar novas diligências, ainda que expirado o prazo de duração mínima da medida de segurança;</p> <p>Art. 179. Transitada em julgado a sentença, o Juiz expedirá ordem para a desinternação ou a liberação.</p>
---	--	--	---

As leis federais em vigor, mais precisamente o Código Penal, o Código de Processo Penal e a Lei de Execução Penal, preveem procedimento próprio para os indivíduos imputáveis e semi-imputáveis, delimitando as medidas de segurança a serem impostas, o incidente de insanidade mental, a realização do exame médico-legal para verificar a integridade mental do indivíduo, bem como o estabelecimento de saúde apropriado para cumprimento da sanção penal de caráter preventivo e viés terapêutico e a forma de sua execução, estando, pois, a Resolução do CNJ em comento contrariando os ditames legais referidos.

Sobre o tema, destaca-se entendimentos recentes do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS E ESTUPRO DE VULNERÁVEL. ABSOLVIÇÃO IMPRÓPRIA. MEDIDA DE SEGURANÇA DE INTERNAÇÃO. PRAZO MÍNIMO DE 3 ANOS. CONDENAÇÃO TRANSITADA EM JULGADO. SUCEDÂNEO DE REVISÃO CRIMINAL. REEXAME DE FATOS E PROVAS: INVIABILIDADE. CESSAÇÃO DA PERICULOSIDADE. LAUDO MÉDICO PERICIAL.

NÃO VINCULAÇÃO DO ENTENDIMENTO DO JUIZ. ILEGALIDADE MANIFESTA: AUSÊNCIA. 1. A jurisprudência desta Suprema Corte consolidou-se no sentido da inviabilidade de utilização do habeas corpus como sucedâneo de revisão criminal. Precedentes. 2. Verificada a inadequação da via eleita, a concessão da ordem de ofício é providência excepcional, a ser implementada somente quando constatada flagrante ilegalidade, abuso de poder ou mesmo teratologia na decisão impugnada, o que não ocorre no caso. 3. Inviável a análise da legalidade do prazo estabelecido para medida de segurança ante a elevada periculosidade do recorrente, considerando os contornos do fato delitivo, em conformidade com o art. 97, § 1º, do Código Penal. 4. Alcançar conclusão diversa das instâncias antecedentes quanto ao tempo mínimo de duração da medida de segurança e à cessação da periculosidade ante superveniente laudo pericial implicaria o reexame do quadro fático-probatório, inviável pela via estreita do habeas corpus. 5. Agravo regimental ao qual se nega provimento. (STF; RHC 214620/SC AgR; Órgão julgador: Segunda Turma; Relator(a): Min. ANDRÉ MENDONÇA; Julgamento: 22/05/2023; Publicação: 19/06/2023).

AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS COPRUS. LESÃO CORPORAL E AMEAÇA, EM CONTEXTO DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA. SENTENÇA ABSOLUTÓRIA IMPRÓPRIA. MEDIDA DE SEGURANÇA DE INTERNAÇÃO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. REEXAME DE FATOS E PROVAS. VIA INADEQUADA. 1. Conforme já decidiu esta CORTE, quando o fato atribuído ao inimputável for punível com detenção, o juiz tem “a prerrogativa de aplicar a medida de segurança que entenda mais adequada” (HC 69375, Relator(a): MARCO AURÉLIO, Segunda Turma, DJ de 18/9/1992). Inteligência do art. 97 do Código Penal. 2. No particular, o Juízo de origem, sob o crivo do contraditório e da ampla defesa, concluiu pela necessidade de imposição da medida de internação, tendo em vista sobretudo a periculosidade do agente e a indicação do laudo de exame pericial. 3. Nessas circunstâncias, o exame da adequação da medida de segurança imposta ao paciente, de forma a infirmar o entendimento da instância ordinária, demandaria o reexame do conjunto probatório, providência incompatível com esta via processual. Precedentes. 4. Agravo Regimental a que se nega provimento. (STF; HC 209364/SP AgR; Órgão julgador: Primeira Turma; Relator(a): Min. ALEXANDRE DE MORAES; Julgamento: 14/02/2022; Publicação: 18/02/2022).

AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO PENAL. SENTENCIADO SUBMETIDO À MEDIDA DE SEGURANÇA DE INTERNAÇÃO. SÚMULA N. 527 DO STJ. PERÍODO MÍNIMO DE EXECUÇÃO DA MEDIDA: 3 (TRÊS) ANOS. PRAZO NÃO CUMPRIDO. MANUTENÇÃO DA MEDIDA. CRIMES GRAVES. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. AUSÊNCIA DE FLAGRANTE ILEGALIDADE. AGRAVO DESPROVIDO. 1. O art. 97, § 1º, do

Código Penal estabelece que a medida de segurança de internação ou de tratamento ambulatorial deve ser dar por tempo indeterminado, até que se verifique a efetiva cessação da periculosidade do indivíduo, sendo o prazo mínimo de 1 (um) a 3 (três) anos. 2. Trata-se de previsão legal que deve ser interpretada em conformidade com a redação da Súmula n. 527/STJ: “O tempo de duração da medida de segurança não deve ultrapassar o limite máximo da pena abstratamente cominada ao delito praticado”. 3. Não se olvidar a possibilidade de desinternação de pacientes após o transcurso do prazo mínimo de 01 (um) ano, contudo, no caso tal aplicação não se mostra recomendável, dado o alto grau de periculosidade do custodiado em razão da prática de delitos de alto potencial ofensivo (art. 157, § 3º, II, c/c art. 14, II, ambos do Código Penal). 4. No caso, o período mínimo de execução da medida de segurança sequer foi alcançado (pouco mais de 1 ano e 09 meses), o que afasta a possibilidade de desinternação, mesmo após a constatação do laudo. 5. Agravo regimental não provido. (STJ; AgRg no HC n. 779.473/SC, relator Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 20/3/2023, DJe de 24/3/2023).

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. ADULTERAÇÃO DE SINAL IDENTIFICADOR DE VEÍCULO AUTOMOTOR. ABSOLVIÇÃO IMPRÓPRIA. INIMPUTABILIDADE RECONHECIDA. SUBSTITUIÇÃO DA MEDIDA DE SEGURANÇA DE INTERNAÇÃO POR TRATAMENTO AMBULATORIAL. INADEQUAÇÃO. PARTICULARIDADES DO CASO E PERICULOSIDADE DO RÉU. NECESSIDADE DE REEXAME DE PROVAS. INVIABILIDADE NA VIA ELEITA. RECURSO DESPROVIDO. 1. O entendimento pacificado desta Corte Superior é no sentido de que a aplicação das medidas de segurança a inimputável não está adstrita à recomendação técnica tampouco à natureza da pena privativa de liberdade aplicável, devendo o julgador levar em consideração as particularidades do caso bem como a periculosidade do agente a fim de optar pelo tratamento mais apropriado, em homenagem aos princípios da adequação, da razoabilidade e da proporcionalidade. 2. Na hipótese, as instâncias ordinárias concluíram pela adequação da medida de internação a partir dos elementos fáticos, considerando a periculosidade do réu - evidenciada pelo fato de já ter sido recentemente absolvido imprópriamente pela prática outros delitos, dentre eles, tentativa de homicídio duplamente qualificado - bem como a descontinuidade de tratamentos ambulatoriais anteriores. 3. A análise acerca da suficiência da aplicação de medida socioeducativa mais branda demanda reexame aprofundado de provas, providência vedada na via eleita. 4. Agravo regimental desprovido. (STJ; AgRg no HC n. 736.312/SC, relator Ministro Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, julgado em 6/3/2023, DJe de 9/3/2023).

Igualmente, o Tribunal de Justiça de Minas Gerais possui recentes decisões pela aplicação da medida de segurança de internação, com citações ao Código Penal:

APELAÇÃO CRIMINAL - TRÁFICO DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO - PRELIMINARES - VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS DO PROMOTOR E DO JUIZ NATURAL - AFASTAMENTO - NULIDADE DO INQUÉRITO POLICIAL POR AUSÊNCIA DE OITIVA DO INVESTIGADO - IMPOSSIBILIDADE DE RECONHECIMENTO - NATUREZA INQUISITORIAL E ADMINISTRATIVA - BUSCA E APREENSÃO DO APARELHO CELULAR DA NOIVA DO APELANTE - LEGALIDADE - INSTRUÇÃO PROCESSUAL REALIZADA POR JUIZ SUBSTITUTO E SENTENÇA PROFERIDA PELO TITULAR - PRINCÍPIO DA IDENTIDADE FÍSICA DO JUIZ - RELATIVIZAÇÃO - POSSIBILIDADE - HARMONIZAÇÃO COM OS PRINCÍPIOS DA INSTRUMENTALIDADE DAS FORMAS, CELERIDADE E RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO - MÉRITO - AUTORIA E MATERIALIDADE DELITIVAS COMPROVADAS - SENTENÇA ABSOLUTÓRIA IMPRÓPRIA - MEDIDA DE SEGURANÇA - INTERNAÇÃO - RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO.

Preliminares:

- O oferecimento da denúncia se deu dentro das atribuições do promotor de justiça atuante na comarca de Poços de Caldas, onde teria sido apreendida grande quantidade e variedade de substâncias entorpecentes, particularmente sintéticas, sendo imputado ao apelante, bem como aos demais comparsas, prática de crimes da competência da Justiça Estadual, dispostos nos artigos 33, c.c. o art. 40, III, e art. 35, c.c. o art. 40, III, todos da Lei nº 11.343/06, na forma do artigo 69, do Código Penal. Neste sentido, se não há imputação de tráfico internacional de drogas na denúncia, apenas a informação de remessa de tais elementos informativos à Polícia Federal, não há falar em violação ao princípio do promotor natural e, via de consequência, do juiz natural.

- Não há nulidade na ausência de interrogatório do investigado no curso do inquérito policial, ante a natureza inquisitorial e administrativa do procedimento investigativo, mormente quando ouvido em juízo, em estrita observância aos princípios da ampla defesa e do contraditório.

- O cumprimento do mandado de busca e apreensão com o recolhimento do aparelho celular da noiva do apelante, não se deu com abuso de autoridade ou coação, mas conforme o direito, sendo necessário para conter o seu comportamento agressivo, ao ingressar na viatura, e tentar resetar o seu celular, razão suficiente e necessária para atuação mais enérgica dos policiais civis, com o uso da algemação, visando preservar a integridade dos policiais.

- A audiência de instrução realizada por juiz substituto,

cuja audiência restou gravada em CD, com amplo acesso ao juiz titular, prolator da sentença, não viola o princípio da identidade física do juiz, previsto no art. 399, §2º, do Código de Processo Penal. Tal princípio não é absoluto e pode ser relativizado a fim de harmonizá-lo com outros princípios do ordenamento jurídico, como da instrumentalidade das formas, da celeridade e da razoável duração do processo, particularmente, quando ausente concreta demonstração de prejuízo (CPP, art. 563).

Mérito:

- Comprovadas a materialidade e a autoria delitivas em relação ao crime de tráfico de drogas e associação para tal fim, e evidenciada a inimizabilidade do réu, nos termos do art. 26, I, do Código Penal, a manutenção da sentença absolutória imprópria, com a internação do apelante, nos termos do art. 96, I, do Código Penal, é medida que se impõe. (TJMG. Processo: Apelação Criminal 1.0000.23.049975-8/001; Relator(a): Des.(a) Corrêa Camargo; Data de Julgamento: 08/11/2023; Data da publicação da súmula: 13/11/2023).

APELAÇÃO CRIMINAL. HOMICÍDIO QUALIFICADO TENTADO. ABSOLVIÇÃO IMPRÓPRIA. PEDIDO DE ABSOLVIÇÃO PRÓPRIA POR INSUFICIÊNCIA DE PROVAS DA MATERIALIDADE E AUTORIA. DESCABIMENTO. MEDIDA DE SEGURANÇA NA MODALIDADE INTERNAÇÃO. ALTERAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. RECURSO DESPROVIDO.

- Não há que se falar em absolvição por ausência de provas, se a prova material e oral colhidas durante a instrução, coligada com às incisivas circunstâncias do caso, evidenciam, de forma segura, a materialidade e autoria delitivas.

- Embora seja possível, excepcionalmente, a imposição de medida de segurança relativa a tratamento ambulatorial mesmo nos crimes punidos com reclusão, no caso concreto, não é recomendável tal medida diante da gravidade dos fatos e a periculosidade da ré, sendo necessária a manutenção do tratamento em regime de internação. (TJMG. Processo: Apelação Criminal 1.0000.23.159106-6/001; Relator(a): Des.(a) Ámalin Aziz Sant'Ana; Data de Julgamento: 09/11/2023; Data da publicação da súmula: 10/11/2023).

APELAÇÃO CRIMINAL - VIAS DE FATO CONTRA GENITORA (DEC-LEI N.3.688/1941) - SENTENÇA ABSOLUTÓRIA IMPRÓPRIA COM IMPOSIÇÃO DE MEDIDA DE SEGURANÇA DE INTERNAÇÃO EM HOSPITAL DE CUSTÓDIA E TRATAMENTO PSIQUIÁTRICO - RECURSO DEFENSIVO: PRETENSÃO À SUBSTITUIÇÃO DA MEDIDA POR TRATAMENTO AMBULATORIAL - INVIABILIDADE - SUSPENSÃO DA EXIGIBILIDADE DAS CUSTAS PROCESSUAIS - JUÍZO DA EXECUÇÃO - PREQUESTIONAMENTO - RECURSO NÃO

PROVIDO. 1. Nos termos do art.97 do CP, se o agente for inimputável, o juiz determinará sua internação, sendo cabível a imposição de medida de segurança de tratamento ambulatorial se o crime for punível com detenção. Todavia, "para uma melhor exegese do art. 97 do CP, à luz dos princípios da adequação, da razoabilidade e da proporcionalidade, não deve ser considerada a natureza da pena privativa de liberdade aplicável, mas sim a periculosidade do agente, cabendo ao julgador a faculdade de optar pelo tratamento que melhor se adapte ao inimputável" (STJ, EREsp n. 998.128/MG). Na hipótese, o magistrado, com base em dados concretos dos autos, notadamente na conclusão apontada no laudo elaborado por perito médico judicial, bem como no histórico de violência doméstica do apelante, sobretudo contra a genitora, aplicou a medida de segurança de internação por entender que a imposição de medida mais branda seria insuficiente para viabilizar o tratamento e a possibilidade futura de retorno à convivência em sociedade. 2. Nos termos do art.804 do Código de Processo Penal, a obrigação do pagamento das custas é consequência da condenação, devendo eventual impossibilidade de cumprimento ser apreciada pelo juízo da execução. 3. Inexiste a necessidade de se mencionar expressamente todos os atos normativos elencados pelo recorrente para que se caracterize o prequestionamento. VVP: O réu assistido por Defensor Público é presumidamente hipossuficiente, fazendo jus aos benefícios da gratuidade de justiça e, por conseguinte, à suspensão da exigibilidade das custas processuais, nos termos do art. 98 do Código de Processo Civil. (TJMG. Processo: Apelação Criminal 1.0000.23.115524-3/001; Relator(a): Des.(a) Kárin Emmerich; Data de Julgamento: 27/09/2023; Data da publicação da súmula: 27/09/2023).

Outrossim, a Resolução nº 487/23 do CNJ pretendeu estabelecer procedimentos e diretrizes para implementação da Lei nº 10.216/01, no âmbito do processo penal e da execução de medidas de segurança, porém a própria legislação, em seu art. 9º, reconhece que a internação compulsória é determinada de acordo com a lei vigente, que no caso da medida de segurança possui previsão no Código Penal, no Código de Processo Penal e na Lei de Execução Penal:

Art. 9º A internação compulsória é determinada, de acordo com a legislação vigente, pelo juiz competente, que levará em conta as condições de segurança do estabelecimento, quanto à salvaguarda do paciente, dos demais internados e funcionários.

Ademais, o Ministério da Saúde expediu a Portaria

nº 2391/GM/MS, de 26 de dezembro de 2002, que "regulamenta o controle das internações psiquiátricas involuntárias (IPI) e voluntárias (IPV) de acordo com o disposto na Lei 10.216, de 6 de abril de 2001, e os procedimentos de notificação da Comunicação das IPI e IPV ao Ministério Público pelos estabelecimentos de saúde, integrantes ou não do SUS". No bojo da citada Portaria, as espécies de internações psiquiátricas são conceituadas, de modo que se extrai estarem as medidas de segurança incluídas no rol das internações compulsórias e excluídas do objeto da regulamentação, veja-se:

Art. 3º, § 4º - A Internação Psiquiátrica Compulsória é aquela determinada por medida judicial e não será objeto da presente regulamentação.

O CNJ intenciona aplicar a Lei nº 10.216/01, no que tange às regulamentações das internações psiquiátricas, nas searas penal, na processual penal e na execução penal, cuja exclusão foi expressamente prevista pelo legislador competente que determinou a aplicação da legislação vigente, ou seja, o Código Penal, o Código de Processo Penal e a Lei de Execução Penal.

3. DO PRINCÍPIO DA HUMANIDADE DAS PENAS COMO FUNDAMENTO DE ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO

A Declaração Universal dos Direitos da Pessoa Humana da ONU – DUDH/1948, norma *de jus cogens* de direito internacional, preceitua em seu art. 5º que as punições não podem ser constituídas por tratamento ou castigo cruel, desumano ou degradante. Nessa esteira, as Regras de Mandela, reflexiva de vários direitos previstos em tratados internacionais, mais precisamente na Regra n. 14, estabelece que todos os presos devem ser tratados com respeito, devido a seu valor e dignidade inerentes ao ser humano, sendo certo que nenhum condenado deverá ser submetido a tortura ou tratamentos ou sanções cruéis, desumanos ou degradantes.

O princípio da humanidade ou humanização funciona como verdadeira barreira à redução do preso à categoria de não pessoa, materializando-se nos artigos

4 Todos os presos devem ser tratados com respeito, devido a seu valor e dignidade inerentes ao ser humano. Nenhum preso deverá ser submetido a tortura ou tratamentos ou sanções cruéis, desumanos ou degradantes e deverá ser protegido de tais atos, não sendo estes justificáveis em qualquer circunstância. A segurança dos presos, dos servidores prisionais, dos prestadores de serviço e dos visitantes deve ser sempre assegurada.

1º, inciso III (fundamento constitucional da dignidade da pessoa humana), 4º, inciso II (prevalência dos Direitos Humanos) e 5º, incisos III, XLVII⁵, todos da Carta Política.

Nessa esteira, imperioso consignar que o Ministério Público pauta a sua atuação nas garantias mencionadas acima, visando, sobretudo, equilibrar os interesses da sociedade em receber indivíduo apto ao convívio social, e o do sentenciado, em ter acesso a tratamento digno que reestabeleça a sua higidez mental, com o propósito de alcançar as finalidades das medidas de segurança, sempre em um contexto de legalidade, observando a Constituição Federal e os atos legislativos específicos que regulamentam a matéria.

Em análise preliminar, não obstante a iniciativa em adequar o tratamento em saúde mental às convenções internacionais das quais o Brasil se tornou signatário (Convenções da Organização das Nações Unidas sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência (2006) – internalizada pelo Estado brasileiro, por meio do rito previsto no art. 5º, §3º, da Constituição Federal, possuindo, então, status de emenda constitucional, materializada no Decreto nº 6.949/2009, e contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes (1984) e seu Protocolo Facultativo (2002) – internalizada pelo Estado brasileiro, por meio do rito previsto no art. 5º, §3º, da Constituição Federal, possuindo, então, status de emenda constitucional, materializada no Decreto nº 40/1991, o CNJ pretende impor a implementação das medidas contidas na Resolução nº 487/2023 sem o necessário debate em tema sensível no contexto da assistência pública em saúde mental.

É consabido que o adimplemento pelo Estado brasileiro dos compromissos assumidos no plano internacional, notadamente das convenções internacionais sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência e contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes e seu Protocolo Facultativo, decorrem de expresso mandamento constitucional de proteção desses direitos, vedação da tortura e de integração ao sistema internacional de justiça que reclamam a mais plena eficácia, nos termos do art. 5º, §§ 1º e 2º e art. 4º, II, ambos da Constituição Federal, e do art. 7º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias – ADCT.

Logo, se os tratados ou convenções de direitos humanos possuem status de norma constitucional (art. 5º, §2º, da CF) ou são equivalentes às emendas constitucionais (art. 5º, §3º, da CF), é certo que servirão como paradigma

de controle das normas infraconstitucionais no Brasil, seja por controle concentrado de convencionalidade, por meio das ações de controle concentrado (Ação Direta de Inconvencionalidade), seja por controle difuso de convencionalidade, com o propósito de compatibilizar o direito interno com o direito internacional. (MAZZUOLI, 2021, p. 193; MAZZUOLI, 2021, p. 195).

Decerto todos os Juízes e Tribunais do país possuem o dever de invalidar atos normativos internos, especialmente em se tratando de ato administrativo ilegal e, em reforço argumentativo, posterior à incorporação dos Tratados e Convenções violados, o que os tornam ineficazes.

Não se desconhece, aliás, que eventual descumprimento, pelo Estado brasileiro, dos tratados e convenções internacionais ratificados e incorporados ao ordenamento jurídico brasileiro, desencadeiam a possibilidade de responsabilidade internacional do Estado. Nesse sentido, pontua José Carlos de Magalhães:

(...) os poderes do Estado, inclusive o Judiciário, não podem ignorar preceitos de Direito Internacional em decisões que repercutem na esfera internacional e que, por isso, podem acarretar a responsabilidade internacional do Estado e da própria pessoa responsável pela decisão. Afinal, o Juiz é o Estado e atua em seu nome, sobretudo quando decide questões que interferem com a ordem internacional de observância compulsória, como as que dizem respeito aos direitos humanos, genocídio, crimes contra a humanidade e outras a que a comunidade internacional confere tal qualidade.

Logo, o presente estudo não desconsidera a sentença proferida no caso *Ximenes Lopes vs. Brasil* – primeira condenação do Brasil na Corte Interamericana de Direitos Humanos. Segundo o pronunciamento condenatório, foi determinado ao Estado brasileiro que:

O Estado deve continuar a desenvolver um programa de formação e capacitação para o pessoal médico, de psiquiatria e psicologia, de enfermagem e auxiliares de enfermagem e para todas as pessoas vinculadas ao atendimento de saúde mental, em especial sobre os princípios que devem reger o trato das pessoas portadoras de deficiência mental, conforme os padrões internacionais sobre a matéria e aqueles dispostos nesta Sentença, nos termos do parágrafo 250 da presente Sentença.

O parágrafo 250 da decisão, em continuidade, fixou

5 Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: III - ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante; XLVII - não haverá penas: a) de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX; b) de caráter perpétuo; c) de trabalhos forçados; d) de banimento; e) cruéis;

que:

c) Estabelecimento de programas de capacitação

250. Ficou provado neste caso que no momento dos fatos não se dispensava adequada atenção ao tratamento e internação de pessoas portadoras de deficiência mental, como no caso da Casa de Repouso Guararapes, instituição que oferecia esse serviço no Sistema Único de Saúde. Embora se destaque o fato de que o Estado adotou diversas medidas destinadas a melhorar esse atendimento, este Tribunal considera que o Estado deve continuar a desenvolver um programa de formação e capacitação para o pessoal médico, de psiquiatria e psicologia, de enfermagem e auxiliares de enfermagem, bem como para todas as pessoas vinculadas ao atendimento de saúde mental, em especial sobre os princípios que devem reger o tratamento a ser oferecido às pessoas portadoras de deficiência mental, de acordo com as normas internacionais sobre a matéria e as dispostas nesta Sentença (par. 130 a 135).

Os parágrafos 130 a 135, particularmente o parágrafo 131, da sentença do caso *Ximenes Lopes vs. Brasil*, trazem como fundamento os Princípios para a Proteção dos Doentes Mentais e para a Melhoria do Atendimento de Saúde Mental, das Nações Unidas, como um guia para determinar se o atendimento médico observou os cuidados mínimos no que tange à preservação da dignidade do paciente.

O compilado de princípios foi adotado pela Resolução 46/119 da Assembleia Geral das Nações Unidas, de 17 de dezembro de 1991, e traz em seu bojo a necessidade de fomentar o tratamento humanizado e individualizado, visando, sobretudo, ofertar à pessoa acometida por transtorno mental o acompanhamento consentâneo às suas necessidades, veja-se:

Princípio 1

LIBERDADES FUNDAMENTAIS E DIREITOS BÁSICOS

1. Todas as pessoas têm direito aos melhores cuidados de saúde mental disponíveis, que farão parte do sistema de saúde e assistência social.
2. Todas as pessoas com doença mental, ou que estejam a ser tratadas como tal, serão tratadas com humanidade e respeito pela dignidade inerente à pessoa humana.

Princípio 8

PADRÕES DE TRATAMENTO

1. Cada paciente terá direito a receber os cuidados de saúde e a proteção social adequada às suas necessidades de saúde, e tem direito a cuidados e tratamentos que obedeçam às mesmas normas que as aplicáveis a outras pessoas doentes.

2. Cada paciente será protegido contra quaisquer malefícios, incluindo medicação injustificada, maus tratos cometidos por outros pacientes, pelo pessoal ou por terceiros, ou outros atos causadores de sofrimento mental ou desconforto físico.

Princípio 9

TRATAMENTO

2. O tratamento e cuidado de cada paciente basear-se-ão num plano individualmente estabelecido, discutido com o paciente, revisto regularmente, modificado conforme necessário e aplicado por profissionais qualificados.

Demais disso, os Princípios para a Proteção dos Doentes Mentais e para a Melhoria do Atendimento de Saúde Mental têm por propósito compatibilizar o caráter humanizado do tratamento com o preventivo, uma vez que, expressamente, prevê a necessidade de salvaguardar a segurança do próprio paciente e de terceiros, desconsiderando, inclusive, a necessidade de consentimento do paciente para inserção em tratamento, confira-se:

Princípio 11

CONSENTIMENTO PARA O TRATAMENTO

8. Salvo nas condições previstas nos parágrafos 12, 13, 14 e 15 do presente Princípio, o tratamento pode também ser ministrado a qualquer paciente sem o seu consentimento informado caso um profissional de saúde mental qualificado e autorizado por lei determine que tal tratamento é urgentemente necessário a fim de prevenir um dano imediato ou iminente para o paciente ou para terceiros. Tal tratamento não será prolongado para além do período estritamente necessário para este efeito.

11. Só se recorrerá a restrições físicas ou ao isolamento involuntário de um paciente em conformidade com os procedimentos oficialmente aprovados da instituição de saúde mental e apenas quando tais medidas constituam o único meio disponível para prevenir um dano imediato ou iminente para o paciente ou para terceiros. Tais medidas não serão prolongadas para além do período estritamente necessário para este efeito. Todos os casos de utilização de medidas de restrição física ou isolamento involuntário, razões que as justificaram e sua natureza e âmbito, serão registados no ficheiro clínico do paciente. O paciente

sujeito a medidas de restrição física ou de isolamento será mantido em condições humanas e estará sob os cuidados e a supervisão próxima e regular de pessoal qualificado. Caso o paciente disponha de um representante pessoal, este será imediatamente informado, sendo caso disso, da aplicação de qualquer medida de restrição física ou isolamento involuntário.

13. Uma pessoa com doença mental só poderá ser submetida a uma intervenção médica ou cirúrgica importante caso tal seja permitido pela legislação interna, caso se considere que será o mais indicado para responder às necessidades de saúde do paciente e caso este preste o seu consentimento informado; se o paciente não estiver em condições de prestar consentimento informado, a intervenção só será autorizada após um exame independente.

Por outro lado, o compêndio de princípios em testilha bem delimita procedimento diverso quando o paciente é envolvido com a prática de ilícitos penais, o que demonstra que o indivíduo delinquente acometido de transtorno mental demanda intervenção diversa, sendo, pois, impraticável o tratamento desses pacientes no mesmo ambiente que aqueles acometidos por transtorno mental não delinquentes. Aliás, o conjunto de princípios ainda prevê a coexistência harmônica com o Direito interno, delimitando que as previsões lá contidas não afastam o regramento interno, desde que compatível com o caráter humanizado do tratamento em saúde mental a conferir:

Princípio 20

DELINQUENTES

1. O presente Princípio aplica-se a pessoas que cumpram penas de prisão por delitos penais, ou que tenham sido de outro modo detidas no âmbito de processos ou inquéritos penais contra si instaurados, e que tenham sido consideradas portadoras de uma doença mental ou que se julgue serem portadoras de tal doença.

2. Todas essas pessoas devem receber os melhores cuidados de saúde mental disponíveis conforme previsto no Princípio 1. Os presentes Princípios aplicar-se-ão na máxima medida possível, apenas com as limitadas modificações e exceções que sejam necessárias dadas as circunstâncias. Nenhuma modificação ou exceção prejudicará os direitos da pessoa ao abrigo dos instrumentos indicados no parágrafo 5 do Princípio 1.

3. O direito interno poderá autorizar um tribunal ou outra autoridade competente, agindo com base em aconselhamento médico competente e independente, a ordenar o ingresso de tais pessoas numa instituição de saúde mental.

4. O tratamento das pessoas a quem tenha sido diagnosticada uma doença mental será, em todas as circunstâncias, compatível com o Princípio 11.

Ressai, pois, que o Direito interno que trata da saúde mental está em sintonia com os preceitos de direito internacional, mesmo porque as medidas de segurança almejam a humanização e prevenção do tratamento, além de determinar a internação somente quando os tratamentos extra-hospitalares se mostrarem ineficazes, confira-se:

CLÁUSULA GERAL DE RESTRIÇÃO

O exercício dos direitos consagrados nos presentes Princípios só pode ser sujeito às restrições que estejam previstas na lei e sejam necessárias para proteger a saúde ou a segurança da pessoa em causa ou de terceiros, ou para proteger a segurança, a ordem, a saúde ou a moral públicas ou os direitos e liberdades fundamentais dos demais.

Deduz-se, portanto, que as normas de direito internacional não propõem o fechamento dos Hospitais de Custódia e Tratamento Psiquiátrico – HCTP, mas sim indicam a necessidade de robustecer e qualificar o tratamento de saúde mental nos Estados signatários.

Todavia, a Resolução nº 487/23 do CNJ extingue os Hospitais de Custódia e Tratamento Psiquiátrico quando poderia fomentar o seu implemento e a sua adequação ao modelo humanizado de tratamento em saúde mental em ponto de equilíbrio desejável em matéria de ordem técnica.

Faz-se substancial a compreensão de compatibilidade da normatividade internacional de proteção dos direitos da pessoa com deficiência e contra a tortura e outros tratamentos ou penas cruéis, desumanos ou degradantes com a utilização dos mecanismos disponíveis para o trato da saúde mental de indivíduo em sofrimento mental que tenha incorrido ou não em atos criminosos como uma premissa inafastável.

Nessa perspectiva, a Resolução representa uma recessão em termos de assistência em saúde mental, haja vista que proporcionará a sobrecarga do já deficiente sistema público de saúde mental, o que vai de encontro à proteção e os direitos das pessoas com transtornos mentais, previstos na Lei nº 10.216/01 (art. 2º) e na Lei nº 13.146/15 (Estatuto da pessoa com deficiência).

4. DA INCONSTITUCIONALIDADE E DA ILEGALIDADE

Doravante a Resolução nº 487/23 do CNJ será analisada sob a perspectiva constitucional e legal, objetivando demonstrar os graves vícios nela existentes e sua desconformidade com o ordenamento jurídico brasileiro.

4.1 DA EXORBITÂNCIA AO PODER REGULAMENTAR CONFERIDO CONSTITUCIONALMENTE AO CNJ

Decorrente do poder hierárquico, o poder regulamentar, segundo Alexandre Mazza, “consiste na possibilidade de os chefes do Poder Executivo editarem atos administrativos gerais e abstratos, ou gerais e concretos, para dar fiel execução à lei”. Nessa esteira, com o advento da EC nº 45/2004, o legislador conferiu a possibilidade do CNJ editar atos normativos, sem, a toda evidência, extrapolar os limites da sua atuação e a própria Constituição Federal.

Dessa forma, as resoluções editadas no âmbito do Conselho Nacional de Justiça não podem inovar a ordem jurídica em vigor e, muito menos, alterá-la, criando novo procedimento para a aplicação e execução das medidas de segurança, desconsiderando os limites para a atuação do CNJ estampados na Constituição cidadã, bem como os artigos 1º, 2º, parágrafo único, 3º, 66, inciso V, alíneas “d”, “e” e “f”, 68, inciso II, alíneas “c”, “d” e “f”, 82, caput, 99, 100, 101, 108, 175, incisos I, II e V, 176, 179, caput e 184 e 194 todos da Lei de Execução Penal, os artigos 96, inciso I, 97 e 99, todos do Código Penal e, também, os artigos 149, §1º, 150, caput, 152, §1º, 319, inciso VII e 682, caput e §1º e 777, todos do Código de Processo Penal.

Com efeito, o Conselho Nacional de Justiça é órgão interno de controle administrativo, financeiro e disciplinar da magistratura, possuindo natureza meramente administrativa. O poder regulamentar conferido pelo artigo 103-B, §4º, da Constituição Federal está diretamente atrelado à competência material e finalística do Conselho Nacional de Justiça, que envolve as missões arroladas no § 4º do citado dispositivo constitucional, como zelar pela autonomia do Judiciário e pelo cumprimento do Estatuto da Magistratura; zelar pela observância do artigo 37 da Constituição e apreciar a legalidade de atos administrativos praticados por membros e órgãos do Judiciário, bem como rever processos disciplinares de Juízes.

Vale ressaltar - por oportunas - as ponderações do

Ministro Alexandre de Moraes quando do julgamento da ADI 4145/DF que versava sobre a inconstitucionalidade de resolução do CNJ que tratava de interceptações telefônicas:

Outra questão essencial trazida na presente ação direta diz respeito aos limites do poder normativo do Conselho Nacional de Justiça, nos termos do artigo 103-B da Constituição Federal, inclusive, limites em relação a criar obrigações para terceiros, quando se é um órgão administrativo somente do Poder Judiciário. Entendo pela necessidade de compatibilização, na presente hipótese, dessas duas importantes questões.

...

Dessa maneira, o CNJ não pode editar normas processuais e mesmo procedimentais da atuação jurisdicional do magistrado, ou mesmo, não pode editar resoluções para estabelecer normas processuais ou procedimentais de sua atuação finalística.

Se não estabelecermos essa distinção, o CNJ assim como o CNMP poderá regulamentar tudo, deter o poder normativo não só para regulamentar o que for necessário para o bom exercício das suas competências constitucionais, mas poderão legislar processualmente. Vamos possibilitar que amanhã o CNJ possa regulamentar “busca e apreensão”, possa regulamentar “invasão domiciliar”, possa regulamentar procedimentos criminais. Mesmo que regule mais modernamente e melhor do que existe hoje, isso não é função constitucional do CNJ, é função do Congresso Nacional.

No referido caso, o STF reconheceu a inconstitucionalidade de Resolução do CNJ em julgado cuja ementa abaixo se transcreve:

Inconstitucionalidade de norma administrativa proibitiva de plena atuação jurisdicional durante o plantão judiciário. Resolução do Conselho Nacional de Justiça que, visando disciplinar e uniformizar procedimentos de interceptação de comunicações telefônicas e de sistemas de informática e telemática nos órgãos jurisdicionais do Poder Judiciário, criou, administrativamente, inadmissível vedação ao exercício regular da função jurisdicional, ao vedar a análise judicial de pedidos de prorrogação de prazo de medida cautelar de interceptação de comunicação telefônica, telemática ou de informática durante o plantão judiciário, ressalvada a hipótese de risco iminente e grave à integridade ou à vida de terceiros. 3. Inconstitucionalidade do § 1º do art. 13 da Resolução 59/2008, com posteriores alterações, do Conselho Nacional de Justiça, que desrespeitou a competência constitucional dos Estados para legislar sobre a Organização Judiciária (CF, art. 125, §1º), inclusive plantão judicial; bem como os artigos

22, I, competência privativa da União para legislar sobre processo penal; 5º incisos XII (reserva legal) e XXXV (inafastabilidade de jurisdição). 4. Ação direta de inconstitucionalidade julgada parcialmente procedente para declarar inconstitucional o § 1º do art.

13 da Resolução nº 59 do Conselho Nacional de Justiça. (ADI 4145/DF, Relator(a): EDSON FACHIN, Relator(a) p/ Acórdão: ALEXANDRE DE MORAES, Tribunal Pleno, julgado em 26/04/2018, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-190 DIVULG 30-07-2020 PUBLIC 31-07- 2020).

Outra não é a hipótese consubstanciada na Resolução nº 487/2023 do CNJ, o que demonstra a sua flagrante inconstitucionalidade.

4.2 DA USURPAÇÃO DO PODER PRIVATIVO DA UNIÃO PARA LEGISLAR SOBRE DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL E DA VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DE PODERES

A execução da pena e da medida de segurança é a concretização do mandamento contido na sentença penal, a qual consiste em título executivo judiciário para o início do processo executivo, sendo, por conseguinte, a medida de segurança, espécie de sanção penal que, não raras vezes, é o único mecanismo apto a materializar as finalidades da pena e o fim da execução penal. Não por outro motivo, o legislador fez constar na LEP, em seu artigo 1º, que “A execução penal tem por objetivo efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado” e, indo além, consignou no artigo 3º que “Ao condenado e ao internado serão assegurados todos os direitos não atingidos pela sentença ou pela lei.”.

Em outras palavras, o atendimento dos anseios sociais em ver aplicada a sanção penal e o tratamento adequado, a garantia de que o indivíduo apresenta quadro de saúde mental que o afasta da possibilidade de voltar a delinquir (prevenção) e a possibilidade do indivíduo retornar ao convívio no seio da própria sociedade (ressocialização), perpassam pela esmerada aplicação da lei penal e processual penal nos termos dispostos pelo Legislador Originário e, por isso, qualquer alteração ou supressão legislativa em matérias de segurança pública e saúde mental, temas de indiscutível interesse público e que envolvem políticas públicas, demandam debate nas casas legislativas com a participação dos variados setores da sociedade, dentre eles o Conselho Federal de Medicina, a Sociedade Brasileira de Psiquiatria e os próprios gestores da política pública (União, Estados

e Municípios). Ao contrário disso, o Conselho Nacional de Justiça – CNJ optou por “deliberar” impositivamente acerca da matéria.

Dessa maneira, o ato administrativo em testilha, ao entabular novo procedimento para aplicação e execução das medidas de segurança, não apenas inovou a ordem jurídica, como também delimitou novo tratamento legal da imputabilidade e semi-imputabilidade, alterando por completo toda a sistemática que envolve a medida de segurança prevista no Código Penal, no Código de Processo Penal e na Lei de Execução Penal, invertendo a lógica da sanção penal em análise e esvaziando o conteúdo dos mencionados artigos 1º e 3º, ambos do Estatuto da Execução Penal.

Assim, por envolver matéria essencialmente de direito penal e processual penal, a competência para normatizar o tema é privativa da União, nos exatos termos do art. 22, I, da CF/88.

Sobre o tema o Supremo Tribunal Federal já decidiu:

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ARTIGO 2º DO PROVIMENTO Nº 1.898/11 DO CONSELHO SUPERIOR DA MAGISTRATURA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO, O QUAL VEDA AO JUIZ PLANTONISTA CONVERTER O AUTO DE PRISÃO EM FLAGRANTE EM DILIGÊNCIA. VIOLAÇÃO DA COMPETÊNCIA PRIVATIVA DA UNIÃO PARA LEGISLAR SOBRE DIREITO PROCESSUAL PENAL (ART. 22, INCISO I, DA CF/88). OFENSA AO PRINCÍPIO DA INDEPENDÊNCIA FUNCIONAL DO JUIZ. VÍCIOS FORMAL E MATERIAL. PROCEDÊNCIA PARCIAL DO PEDIDO. 1. Na hipótese, insurge-se a autora contra a expressão “vedada a conversão em diligência”, contida no art. 2º do Provimento nº 1.898/11 do Conselho Superior da Magistratura do Tribunal de Justiça de São Paulo, o qual dispõe sobre a atuação do juiz no plantão judiciário. 2. A norma em questão padece de flagrante inconstitucionalidade formal, por desbordar dos limites do poder regulamentar e afrontar competência privativa da União para legislar sobre direito processual penal, nos termos do art. 22, inciso I, da Constituição Federal. Isso porque não há que se falar em possível delegação por parte da União ao Conselho Superior de Magistratura do TJSP a autorizá-lo a legislar sobre a matéria, uma vez que a competência legislativa da União foi plenamente exercida, conforme se infere do art. 310 do Código de Processo Penal. 3. O mundo real, não raro, surpreende com situações peculiares, excepcionais e inéditas que podem justificar a conversão do auto de prisão em flagrante em diligência, a fim de se averiguar. Sempre em regime de urgência e com parcimônia, dados o momento processual e os restritos poderes instrutórios do juiz nessa fase. Algum fato, informação e/ou documento que venha a se revelar, diante das circunstâncias do caso

concreto, de especial importância para a formação de sua convicção. A possibilidade de ordenar diligências prévias, caso assim entenda indispensável para a formação de sua convicção, consiste em prerrogativa inafastável do magistrado, porque consecutória do princípio da independência do Poder Judiciário. Ao vedá-la, a norma impugnada vulnera, diretamente, o princípio da independência funcional do juiz, motivo pelo qual está eivada também de vício material.

4. Pedido julgado procedente em parte para se declarar a inconstitucionalidade da expressão "vedada a conversão em diligência" contida no art. 2º do Provimento nº 1.898/11 do Conselho Superior da Magistratura do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo e reiterada no art. 1.133 das Normas de Serviço da Corregedoria-Geral de Justiça, com a redação conferida pelo Provimento CG nº 28/19. (STF; ADI 4.662; SP; Tribunal Pleno; Rel. Min. Dias Toffoli; DJE 22/09/2022; Pág. 2).

DIREITO CONSTITUCIONAL. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI ESTADUAL QUE VEDA A DESTRUIÇÃO E INUTILIZAÇÃO DE BENS PARTICULARES APREENDIDOS EM OPERAÇÕES AMBIENTAIS.

1. Ação direta contra a Lei nº 1.701/2022, do Estado de Roraima, que proíbe os órgãos ambientais de fiscalização e a Polícia Militar de destruir e inutilizar bens particulares apreendidos nas operações e fiscalizações ambientais.

2. Verossimilhança das alegações. A lei questionada, ao proibir a destruição de instrumentos utilizados na prática de infrações ambientais, incorre em inconstitucionalidade formal. Usurpação de competência da União para legislar sobre direito penal e processual penal, bem como para editar normas gerais de proteção ao meio ambiente (arts. 22, I, e 24, VI e § 1º, da CF/1988).

3. De igual modo, a norma questionada vulnera o direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado (art. 225, caput, da CF/1988). Isso porque a proibição à destruição de instrumentos utilizados em infrações ambientais acaba por permitir a prática de novos ilícitos, inviabilizando a plenitude do exercício poder de polícia ambiental.

4. Perigo na demora. A manutenção dos efeitos da norma estadual pode acarretar prejuízo para a devida repressão à prática de ilícitos ambientais, com potenciais danos irreparáveis ao meio ambiente e às populações indígenas no Estado de Roraima.

5. Medida cautelar deferida, para suspender os efeitos da Lei nº 1.701, de 5.7.2022, do Estado de Roraima. (STF - ADI: 7200MC RR, Relator: ROBERTO BARROSO, Data de Julgamento: 04/10/2022, Tribunal Pleno, Data de Publicação: 10/10/2022);

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. CONSTITUCIONAL E DIREITO PROCESSUAL PENAL. LEI N. 7.917, DE 16.3.2018, DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. PERMANÊNCIA DE PRESO PROVISÓRIO EM UNIDADE DO SISTEMA PENITENCIÁRIO ESTADUAL. LIMITAÇÃO TEMPORAL DA PRISÃO PREVENTIVA. ALEGADA USURPAÇÃO DE COMPETÊNCIA DA UNIÃO PARA LEGISLAR SOBRE DIREITO PROCESSUAL PENAL. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE JULGADA PROCEDENTE.

1. Proposta de conversão de referendo de medida cautelar em julgamento definitivo de mérito, pela não complexidade da questão de direito em discussão e instrução dos autos, nos termos do art. 12 da Lei n. 9.868/1999. Precedentes. 2. É competência privativa da União legislar sobre direito processual penal (inc. I do art. 22 da Constituição da República), no qual se insere o regime jurídico das prisões. Precedentes.

3. Ação direta de inconstitucionalidade julgada procedente para declarar inconstitucional a Lei n. 7.917, de 16.3.2018, do Estado do Rio de Janeiro. (STF - ADI: 5949 RJ, Relator: CÂRMEN LÚCIA, Data de Julgamento: 25/10/2019, Tribunal Pleno, Data de Publicação: 11/11/2019).

De outra banda, a repartição equilibrada de competência entre os diferentes órgãos é feita de modo que nenhum deles possa ultrapassar os limites estabelecidos pela Constituição, de maneira a manter a harmonia entre eles. Assim é que ao se apossar da atribuição legiferante do Poder Legislativo, o Conselho Nacional de Justiça, órgão do Poder Judiciário, diga-se, agrediu frontalmente o Princípio da Separação dos Poderes, consagrado no art. 2º da Constituição Federal.

Importante ressaltar que ao editar a Resolução nº 487/23, o CNJ legislou sobre a aplicação da Lei nº 10.216/01 às execuções das medidas de segurança, sendo que o próprio legislador competente, no artigo 9º da citada lei federal, excluiu tais intenações das hipóteses de incidência do ato normativo de forma expressa, reafirmando, assim, a aplicação da legislação vigente – Código Penal, Código de Processo Penal e Lei de Execução Penal – às medidas de segurança que se enquadram na espécie de internação psiquiátrica compulsória.

4.3 DA VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA

Na quadra histórica hodiernamente vivida, nossa Constituição Federal determina, em seu art. 5º, XLVI, a estrita observância ao princípio da individualização da pena.

Trata-se de norma finalística a ser seguida pela legislação infraconstitucional e representa, em suma, a exigência de que as respostas às condutas ilícitas sejam sempre proporcionais e adequadas ao caso concreto, mas, simultaneamente, que sejam certas e inevitáveis de modo a não permitir o império da impunidade.

No âmbito infraconstitucional, a princípio, o art. 59 do Código Penal brasileiro impõe que a pena seja dosada de forma necessária para reprovação e prevenção do crime. De outra banda, o art. 1º da Lei de Execuções Penais preocupa-se com a ressocialização do condenado. Há, por um lado, proteção aos direitos individuais daquele que se veja na condição de acusado e, por outro, resguardo do direito da coletividade de ver punidas violações ao ordenamento.

Rui Rosado de Aguiar Júnior leciona que o princípio da individualização da pena é norte que inicia sua atuação na elaboração da lei (individualização legislativa), quando são escolhidos os fatos puníveis, as penas aplicáveis, seus limites e critérios de fixação. Tem continuidade na individualização feita na sentença, para o réu no caso concreto, correspondendo à segunda fase (individualização judicial), e é perfectibilizado quando da individualização executória, durante o cumprimento da pena. Trata-se de um princípio que emana efeitos sobre as três esferas de poder, como é possível identificar de forma nítida. Somente quando houver verdadeira individualização da pena para o réu, nas três etapas ora apontadas, é que o princípio constitucional explícito em tela terá sido devidamente respeitado.

Geralmente, o princípio da individualização da pena concretiza-se mediante atuação harmônica e independente de cada poder no desempenho de seu papel específico, sem interferências externas. Intervenções são excepcionais e devem contar com sólida base constitucional para que não configurem usurpação ilegítima de competência.

A aplicação da Resolução 487/23 viola o princípio da individualização da pena e configura intervenção inconstitucional do Conselho Nacional de Justiça sobre as atribuições outorgadas pelo próprio texto maior ao Poder Legislativo e ao Poder Executivo.

É que segundo a doutrina mais abalizada, a medida de segurança é uma espécie de sanção penal, revestida de caráter terapêutico, escolhida pelo legislador, aplicada com o objetivo de prevenir novas infrações penais por imputáveis ou semi-imputáveis cuja periculosidade tenha sido reconhecida através de exames periciais.

Segundo leciona Renato Brasileiro de Lima:

A medida de segurança pode ser conceituada como uma espécie de sanção penal de caráter terapêutico, com finalidade exclusivamente preventiva, aplicável aos inimputáveis e semi-imputáveis dotados de periculosidade, que tem como objetivo precípua evitar a prática de novas infrações penais.

(...)

Sem embargo de se tratar de instituto assistencial e curativo, cuida-se de espécie de sanção penal, daí porque se sujeita aos princípios vetores do Direito Penal, como, por exemplo, o da vedação das penas perpétuas, reserva legal, anterioridade etc. Trata-se, ademais, de espécie de sanção penal que só pode ser aplicada pelo Judiciário. Afinal, é a própria Constituição federal que prevê que ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal (art. 5º, LIV). (LIMA, Renato Brasileiro de. Manual de Execução Penal. São Paulo: Editora JusPodivm, 2022, pg. 495).

Já Cleber Masson assevera que:

Medida de segurança é a modalidade de sanção penal com finalidade exclusivamente preventiva, e de caráter terapêutico, destinada a tratar inimputáveis e semi-imputáveis portadores de periculosidade, com o escopo de evitar a prática de futuras infrações penais.

Em que pese o seu aspecto curativo, revela-se como espécie de sanção penal, pois toda e qualquer privação ou restrição de direitos, para quem a suporta, apresenta conteúdo penoso. (MASSON, Cléber. Direito Penal Esquemático

– Parte Geral – Vol. 1 – 10ª ed. rev; atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2016, pg. 935).

O STF já se pronunciou sobre o assunto, reconhecendo o caráter de sanção penal da medida de segurança e, por consequência, submetida ao princípio constitucional da individualização das sanções penais:

HABEAS CORPUS. PROCESSO PENAL. SÚMULA 691/STF. AFASTAMENTO. CRIME DE HOMICÍDIO QUALIFICADO. PRISÃO PREVENTIVA. INADEQUAÇÃO. INCIDENTE DE INSANIDADE MENTAL. SUBSTITUIÇÃO POR MEDIDAS CAUTELARES DIVERSAS DA PRISÃO. INTERNAÇÃO PROVISÓRIA COMPULSÓRIA. ARTIGO 319, INCISO VII, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. CONCESSÃO DA ORDEM. 1. Em casos teratológicos e excepcionais, viável a superação do óbice da Súmula 691 desta Suprema Corte. Precedentes. 2. A prisão preventiva não é o instrumento processual penal hábil para enfrentar a situação pessoal do paciente diante dos fortes indícios de que portador de enfermidade mental

capaz de sujeitá-lo a medida de segurança futura – relatos de internamentos e de tratamento ambulatorial anteriores, de diagnósticos psicóticos, de adição a drogas e de déficit de atenção, ao que se agrega o incidente de insanidade em curso, cujo pressuposto de instauração é a “dúvida sobre a integridade mental do acusado” (artigo 149 do Código de Processo Penal). 3. O regime de segregação do paciente, sob a forma de prisão provisória, não se revela a solução mais adequada à hipótese. Impróprio, o ambiente prisional, a indivíduos com indicativos de distúrbios como os que acometem o paciente (razões de integridade física própria ou de terceiros e razões psiquiátricas/terapêuticas, sobretudo), além de não ser, o regime de prisão, a resposta penal prevista, pelo direito positivo vigente, para casos dessa natureza. 4. Na dicção do artigo 319, inciso VII, do Código de Processo Penal, com a redação dada pela Lei nº 12.403/2011, possível a “internação provisória do acusado nas hipóteses de crimes praticados com violência ou grave ameaça, quando os peritos concluírem ser inimputável ou semi-imputável e houver risco de reiteração”. 5. Embora tratada como “medida cautelar diversa da prisão”, em sinalização de alternatividade, impositiva a substituição da prisão preventiva, em juízo cautelar, em caso de inimizabilidade, em respeito ao postulado constitucional da individualização das sanções penais prevista no artigo 5º, XLVI, da CF, de todo aplicável às medidas de segurança. A previsão legal de internação provisória após a conclusão pericial definitiva da inimputabilidade não exclui juízo cautelar em momento anterior pela autoridade judicial quando presentes seus pressupostos. 7. Ordem de habeas corpus concedida para substituir a prisão preventiva decretada contra a paciente pelo regime de internação provisória compulsória (artigo 319, VII do CPP). (STF. HC 125370; Órgão julgador: Primeira Turma; Relator(a): Min. ROSA WEBER; Julgamento: 19/05/2015; Publicação: 03/08/2015).

Ao determinar, no artigo 18, o fechamento dos Hospitais de Custódia e Tratamento Psiquiátrico – HCTP; nos artigos 13, §1º e 16 a inserção em tratamento médico psiquiátrico em leito de Hospital Geral ou outro equipamento de saúde referenciado pelo CAPs da RAPs; tornar desnecessária a realização de perícia médico-legal para determinar se o indivíduo padece ou não de transtorno mental, nos termos do artigo 10, parágrafo único, e também, no artigo 18, proibir a internação em HCTP e estabelecimentos congêneres, o ato normativo em tela desconsiderou as peculiaridades que envolvem cada caso concreto, especialmente no que toca a saúde mental, aferidas somente no decorrer da marcha processual, por meio do exame médico-legal, em exercício pleno da função jurisdicional, possibilitando ao Juízo da Execução Penal aquilatar a necessidade ou não de aplicação da medida de segurança, bem como aquela que melhor se aperfeiçoa ao caso.

Ora, a previsão dos artigos 2º, inciso I, 3º, inciso VIII, 13, §1º e 18 da Resolução CNJ nº 487/2023, torna evidente que o Conselho Nacional de Justiça obrou contra o princípio da individualização da pena, sendo, portanto, inconstitucionais os dispositivos.

4.4 DA VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL E DA JURISDICIONALIDADE

A Constituição Federal (art. 5º, LIV) prevê que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”, comando que determina a realização do devido processo para a constrição de liberdade e, como não poderia deixar de ser, a aplicação da medida de segurança. Nessa esteira, o incidente de insanidade mental é procedimento de status constitucional, uma vez que o seu objeto, à primeira vista, é a mitigação do direito fundamental à liberdade. Isto com o claro propósito de salvaguardar o direito de acesso a tratamento adequado em saúde (art. 196 da CF) e o direito fundamental à segurança pública (art. 144 da CF).

É certo que o devido processo legal constitui uma limitação à atividade pública, visando, sobretudo, a garantia e proteção dos direitos fundamentais, bem assim a fundamentação do exercício da atividade jurisdicional. Decerto, somente por intermédio de um processo judicial que assegure às partes, em igualdade de condições, a tutela dos seus interesses, os direitos fundamentais poderão ser relativizados. Assim, o artigo 10, caput e parágrafo único, da Resolução do CNJ ora analisada padece de evidente vício de inconstitucionalidade.

Ademais, o ato normativo, especificamente no artigo 13, §2º, retira da esfera de competência do Poder Judiciário a verificação da cessação da periculosidade e a desinternação, transformando uma decisão eivada de reserva de jurisdição em um simples ato administrativo praticado por terceiros, o que viola o princípio da jurisdicionalidade, de envergadura constitucional (art. 5º, LXI).

Sobre o princípio da jurisdicionalidade na execução penal, Rogério Lauria Tucci traz as seguintes considerações:

Já a regra da judiciariedade diz, precipuamente, com a atividade dos agentes do Poder Judiciário - juízes e tribunais -, cumprindo o dever funcional de realização do direito, mediante apropriada via (em que se efetiva a ação judiciária); assim como as de seus órgãos auxiliares, colaboradores e terceiros, em regime, também, de estrita cooperação para a consecução da finalidade do processo penal.

Tem-se com ela em vista, na esteira de magistério de Silvio Ranieri, *La giurisdizione penale*, Milão : Inst. Ed. Scientifico, 1930. p. 101, a verificação do conteúdo das normas penais materiais que, a par de tutelar o interesse punitivo do Estado (atrelado ao *ius puniendi*), assegura, em justaposição ou contraposição a ele, ainda que de forma implícita, o interesse de liberdade do cidadão (do mesmo modo, direito subjetivo, derivado do *ius libertatis*).

Aliás, esses dois interesses - que se mostram contrastantes na aparência e identificados na essência -, traduzem, inequivocamente, num primeiro momento, o conteúdo da causa penal, objeto do processo de conhecimento e da ação judiciária que nele se desenrola, e cingido à apuração da materialidade de fato tido como penalmente relevante, à determinação da respectiva autoria, e, conseqüentemente, se for o caso, à incidência da respectiva norma penal material incriminadora (gerando relação jurídica concreta de natureza penal), com a correspondente aplicação do mandamento sancionador do preceito legal incidente, atendidas as circunstâncias do caso e considerada a personalidade do agente.

E, posteriormente, quando isto acontece, a inafastabilidade de realização do *ius puniendi*, em decorrência lógica da imposição de pena ou de medida de segurança ao reconhecido infrator da lei penal, numa sucessão de atos, até mesmo de natureza física, tendentes à concretização do decidido no processo penal de cognição.

Na consecução de tais desideratos, a regra da judiciariedade especifica-se nas da jurisdicionalidade, atinente à ação dos agentes do Poder Judiciário (lato sensu considerada), no âmbito da Justiça Criminal; e da administratividade, circunscrita à atuação deles e de todos os que, de qualquer forma, participam da *persecutio criminis* e da execução de julgado penal condenatório, especialmente os membros da Administração Pública, na fase da investigação criminal e no transcorrer do processo executivo sequente a ato decisório formalmente transitado em julgado.

Particularizando-as, tem-se que, no tocante à regra da jurisdicionalidade, resta inadmissível a autotutela do interesse punitivo (repressivo e coercitivo) do Estado, pelos órgãos administrativos em geral.

Impõe-se, com efeito, para tanto, a utilização da via jurisdicional, com a finalidade, ínsita ao poder-dever em que se subsume a atuação funcional dos agentes do Poder Judiciário, de solucionar, imperativamente, segundo os preceitos de Direito Penal material, os conflitos de interesses de punir e de liberdade, correspondentes, como visto, e respectivamente, a direitos subjetivos públicos essenciais à paz social, à segurança comunitária e à vivência normal de indivíduo integrante da coletividade (v., a respeito,

Armando Leone, *Giurisdizione penale*, em *Nuovo digesto italiano*, Turim : Utet, 1938, v. VI. p. 395; Gian Domenico Pisapia, *Premesse allo studio del segreto struttorio nel processo penale* (estudo destinado aos Scritti in onore di Alfredo di Marsico), na *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, Milão : Giuffrè, ano II, 1959. p. 115). E, do mesmo modo - permitimo-nos complementar -, para que a execução de julgamento condenatório seja efetivada com fiel e irrestrita observância do título executivo penal, sem nenhuma afronta ao decidido ou à lei.

(PRINCÍPIO E REGRAS DA EXECUÇÃO DE SENTENÇA PENAL, Revista de

Processo | vol. 98/2000 | p. 237 - 257 | Abr - Jun / 2000; Doutrinas Essenciais Processo Penal | vol. 6 | p. 1131 - 1155 | Jun / 2012 | DTR\2000\246.

A medida de segurança é espécie de sanção penal detentiva (tratamento ambulatorial) ou restritiva (internação) de liberdade com finalidade preventiva, aplicável aos inimputáveis e semi-imputáveis dotados de periculosidade, que objetiva evitar a recidiva criminosa, embora também detenha caráter terapêutico. Posto isso, o CNJ, além de descumprir princípios constitucionais, “revoga” todo o regramento sobre a aplicação e execução das medidas de segurança insculpido no Código Penal, no Código de Processo Penal e na Lei de Execução Penal.

4.5 DA VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE

A Constituição da República (art. 5º, XXXIX) assegura que “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”, postulado que exige a subsunção estrita das condutas e das sanções criminais à moldura normativa. Na mesma medida, é a previsão do artigo 1º, do Estatuto Penal Repressivo. Em sede de execução penal, o princípio da legalidade está materializado no artigo 45 da Lei 7.210/84, a saber: “Não haverá falta nem sanção disciplinar sem expressa e anterior previsão legal ou regulamentar”. Na execução penal, trata-se de ferramenta de contenção da discricionariedade da administração penitenciária e do árbitro judicial.

Noutro viés, o referido princípio tem por escopo impedir a concessão de benefícios não previstos na Lei. Isto com o claro propósito de preservar a finalidade da pena e do próprio direito penal, preservando a vontade do legislador na medida em que assegura a vinculação do Juiz ao mandamento legal, seja na aplicação de sanções, seja na concessão de benefícios. A esse respeito precisa a lição do Min. Napoleão Nunes Maia Filho no julgamento do HC 92.010/ES que, embora julgado no longínquo ano de 2008 (j. 21/02/2008), apresenta-se como parâmetro

recente ao tema ora debatido e bem delinea a posição do Superior Tribunal de Justiça, veja-se:

O princípio da reserva legal atua como expressiva limitação constitucional ao aplicador judicial da lei, cuja competência jurisdicional, por tal razão, não se reveste de idoneidade suficiente para lhe permita a ordem jurídica ao ponto de conceder benefícios proibidos pela norma vigente, sob pena de incidir em domínio reservado ao âmbito de atuação do poder legislativo.

Com efeito, o princípio da legalidade ou da estrita legalidade para além de impedir arbitrariedades, a concessão desarrazoada de benesses e manter a vontade do legislador, constitui, na companhia do princípio da separação dos poderes, obstáculo a órgãos e instituições que queiram inovar a ordem jurídica, sob pena de incidir em domínio reservado ao âmbito de atuação do Poder Legislativo e, sobretudo, subverter a lógica interna do sistema, criando soluções que vão de encontro ao interesse da sociedade.

Assim é que somente a Lei pode criar medida de segurança, sendo, por premissa lógica, a alteração, implementação ou revogação da normatização do procedimento para a sua correta aplicação e execução realizada somente por meio de Lei. Nessa esteira, a referida matéria não pode ser veiculada por medida provisória ou instrumento normativo outro diverso de Lei. Pois bem, ainda sim o CNJ editou a Resolução nº 487/23 em afronta aos artigos 1º, 2º, parágrafo único, 3º, 66, inciso V, alíneas “d”, “e” e “f”, 68, inciso II, alíneas “c”, “d” e “f”, 82, caput, 99, 100, 101, 108, 175, incisos I e V e 179, caput e 184, todos da Lei de Execução Penal, bem como os artigos 96, inciso I, 97 e 99, todos do Código Penal e, também, os artigos 149, §1º, 150, caput, 152, §1º, 319, inciso VII e 682, caput e §1º e 777, todos do Código de Processo Penal.

As disposições contidas nos artigos 2º, I, 3º, V, VI, VIII, 10, parágrafo único, 11, parágrafo único, 12, caput e §§4º e 5º, 13, caput e §§1º e 2º, 16, I, 17 e 18, da Resolução nº 487/23 do CNJ que reconfiguram a aplicação e execução das medidas de segurança não encontram guarida no ordenamento jurídico brasileiro, de modo que o referido instrumento normativo não pode ensejar, na prática, a aplicação de regramento não previsto em Lei.

4.6 DA VIOLAÇÃO AO DIREITO À SEGURANÇA PÚBLICA, AOS DIREITOS DAS VÍTIMAS E AOS PRINCÍPIOS DA PROPORCIONALIDADE E RAZOABILIDADE

O direito fundamental à segurança pública foi impactado pelos já mencionados dispositivos da Resolução nº 487/23 do CNJ, uma vez que são aptos à recolocação no meio social de pessoas que não possuem condições de higidez mental para tanto, gerando sensação de insegurança generalizada na coletividade.

Os Congressistas, por meio dos Projetos de Decreto Legislativo nº 81/2023, 131/2023 e 153/2023, apresentados na Câmara de Deputados, objetivam sustar a aplicação da Resolução CNJ nº 487/23, sendo, inclusive, no primeiro deles, solicitada a tramitação em regime de urgência. Para a apresentação do PDL nº 81/2023, o Deputado Federal autor teceu a seguinte justificativa (referência 14):

A Resolução nº 487, do CNJ tem por objetivo “Instituir a Política Antimanicomial do Poder Judiciário” por meio de procedimentos para o tratamento das pessoas com transtorno mental ou qualquer forma de deficiência psicossocial que estejam custodiadas, sejam investigadas, acusadas, réis ou privadas de liberdade, em cumprimento de pena ou de medida de segurança, em prisão domiciliar, em cumprimento de alternativas penais, monitoração eletrônica ou outras medidas em meio aberto, e conferir diretrizes para assegurar os direitos dessa população.

De forma equivocada, a referida Resolução extrapolou seu poder regulamentar invadindo a seara do Poder Legislativo ao inovar na ordem jurídica estabelecendo conceitos, princípios, diretrizes, objetivos, que deverão ser observados pelo Poder Judiciário na execução da Política antimanicomial. O Conselho Nacional de Justiça (CNJ) é uma instituição pública que visa o aperfeiçoamento do trabalho do Judiciário brasileiro, principalmente no que diz respeito ao controle e à transparência administrativa e processual. Logo, não figura entre sua competência elaborar políticas públicas para o Poder Judiciário e estabelecer procedimentos e diretrizes para implementar a Convenção Internacional dos Direitos das Pessoas.

As Resoluções são atos administrativos normativos que partem de autoridades superiores, mas não do chefe do executivo, através das quais disciplinam matéria da sua competência específica. As resoluções não podem contrariar os regulamentos e os regimentos, mas explicá-los. As resoluções produzem efeitos internos.

Na lição da doutrina administrativa, “Resoluções são atos administrativos emanados de autoridades do elevado escalão administrativo que visam regulamentar matéria de interesse interno. Constituem matéria das Resoluções todas as que se inserem na competência específica dos agentes ou pessoas jurídicas responsáveis por sua expedição

(...) tais Resoluções são típicos atos administrativos, tendo, portanto, natureza derivada; pressupõe sempre a existência de Lei ou outro ato legislativo a que estejam subordinadas.” (FILHO, José dos Santos Carvalho. “Manual de Direito Administrativo”, 27ª edição, São Paulo: Ed. Atlas, pág. 137)

Maria Sylvania Zanella Di Pietro, explica que as Resoluções “são formas de que se revestem os atos, gerais ou individuais, emanados de autoridades outras que não o chefe do Executivo. A diferença entre os vários tipos de atos administrativos está apenas na autoridade de que emanam.” (DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. “Direito Administrativo”, 35ª edição, Gen/Forense, 2022, pág. 221)

Ao tratar do poder regulamentar dos Decretos, o constitucionalista José Afonso da Silva tece brilhantes considerações que se aplicam às Resoluções e demais atos normativos emanados de autoridades administrativas.

“O poder regulamentar não é poder legislativo, por conseguinte não pode criar normatividade que inove a ordem jurídica. Seus limites naturais situam-se no âmbito da competência executiva e administrativa, onde se insere. Ultrapassar esses limites importa abuso de poder, usurpação de competências, tornando irritado o regulamento dele proveniente, e sujeito a sustação pelo Congresso Nacional (art. 49, V). O regulamento é uma norma jurídica secundária e de categoria inferior a lei, tem limites decorrentes do direito positivo. Deve respeitar os textos constitucionais, a lei regulamentada e a legislação, em geral, e as fontes subsidiárias a que ela se reporta. Assim, não cria, nem modifica e sequer extingue direitos e obrigações, senão nos termos da lei, isso porque o inovar originariamente na ordem jurídica consiste em matéria reservada a lei. Não cabe aos regulamentos, por iniciativa própria e sem texto legal, prescrever penas, seja qual for a espécie; estabelecer restrições à igualdade, à liberdade e à propriedade. Concluindo, a questão pode colocar-se nos termos do ensinamento de Émile Bouvier e Gaston Jèze. O regulamento tem por função fixar os meios e os pormenores de aplicação da lei. A lei formula os princípios, e o regulamento estabelece uma regra absolutamente nova; deve apoiar-se sempre numa lei preexistente.” (“Comentário Contextual à Constituição”, 4ª edição, São Paulo: Ed. Malheiros, 2007, p.484/485) (gn).

As frases acima grifadas evidenciam a exorbitância do CNJ no uso de seu poder regulamentar, tendo em vista o caráter normativo da Resolução. Não há margem legal para que este ato normativo secundário crie qualquer tipo de direito baseado exclusivamente nos termos definidos pelo mesmo.

Conforme se observa da análise dos dispositivos da Política antimanicomial proposta pelo CNJ, a Resolução 487 fere frontalmente a Constituição

Federal ao criar direitos e obrigações que inovam na ordem jurídica.

Assim, a inserção da Política Antimanicomial do Poder Judiciário no ordenamento jurídico brasileiro deve ocorrer em conformidade com os dispositivos constitucionais e legais vigentes no país, o que parece não ocorrer.

Diante do o exposto, peço o apoio dos nobres Pares para a aprovação desta importante medida.”.

As disposições da Resolução em testilha têm o potencial de colocar em risco a segurança coletiva e dos próprios inimputáveis que cometeram crimes graves, como homicídios, nas suas variadas formas, estupro e crimes sexuais.

Consoante já asseverado, a finalidade da medida de segurança é exclusivamente preventiva, ou seja, necessária para se evitar a prática de novos crimes pelo sentenciado. Ao vedar a aplicação da medida de segurança na sua modalidade internação, quando imprescindível, a Resolução em comento afronta diretamente o direito da coletividade à segurança pública.

Ora, a violação da segurança das pessoas cometida pelos criminosos não pode deixar de ser considerada na reflexão sobre direitos humanos. Tanto é assim que a Declaração Universal dos Direitos Humanos da ONU estabelece em seu artigo 3º que “Todo indivíduo tem direito à vida, à liberdade e à segurança pessoal”.

Por seu turno, a Constituição da República também estampa, em seus artigos 6º, caput, e 144, a segurança como um direito da coletividade e que necessita, por óbvio, ser sopesado quando da elaboração de qualquer regramento normativo, sobretudo quando se prevê alterações e revogações, ilegais e inconstitucionais, frisa-se, de procedimento de largo espectro de incidência na segurança pública e na ordem pública, como no caso vertente.

Sem o necessário debate técnico, a Resolução nº 487/23 do CNJ, provoca a renúncia imotivada e graciosa ao ius puniendi estatal, à margem da Constituição e das leis.

As vítimas e a sociedade em geral estarão expostas a consequências deletérias e imprevisíveis decorrentes da inserção indevida de indivíduos acometidos de transtornos mentais, muitas vezes incuráveis, e dotados de acentuada periculosidade.

O ato normativo do CNJ em análise acaba por esvaziar quase que por completo o objeto da política criminal nacional no que se refere às medidas de segurança. Tal

atribuição (de derogar e até mesmo ab-rogar, ainda que às avessas, a política penal vigente sobre as medidas de segurança) não está na órbita do Conselho Nacional de Justiça por ausência de competência legiferante e, mais ainda, utilização de recurso normativo inapropriado.

Nessa toada, à luz do princípio da proporcionalidade na sua vertente da vedação à proteção insuficiente, é possível precisar que a edição e utilização do retromencionado ato normativo não valida ao CNJ a atribuição para legislar e definir, de forma desproporcional e imotivada, o fechamento dos HCTP sem a análise dos efeitos perante os demais Poderes da República, considerando a estabilidade do sistema penal e prisional, a credibilidade da justiça e dos órgãos da persecução penal, o anseio da vítima pela punição correta e eficaz do seu algoz, a proteção ao direito fundamental à segurança pública, a manutenção da ordem pública, o direito fundamental ao acesso a tratamento de saúde adequado e eficaz.

Aqui, prudente salientar que os Hospitais de Custódia e Tratamento Psiquiátrico têm por finalidade específica tratar o inimputável ou semi-imputável que cometeu crime geralmente de natureza grave, possuindo, pois, o relevante papel de reinseri-lo na sociedade. Dessa forma, o fechamento deles tende a recrudescer o já combalido sistema de saúde mental, pois segundo o CNJ, os indivíduos acometidos por transtorno mental e transgressores da Lei penal serão inseridos em tratamento na estrutura das Redes de Atenção Psicossocial – Raps, sendo certo que na hipótese da medida se mostrar ineficiente, deverão ser internados no leito de saúde mental em Hospital Geral (art. 13, §1º). Trata-se de medida utópica, sem lastro científico, carregada de inegável simbolismo, portanto.

Em linhas gerais, na hipótese de término do inadequado tratamento voluntário sugerido pela Resolução, sem o devido restabelecimento da higidez mental ou cessação de sua periculosidade, por certo será necessário, no âmbito cível, a propositura da ação de internação compulsória. É dizer: a ineficiência na aplicação das medidas de segurança, tende a culminar na sobrecarga do sistema de saúde mental que trata dos indivíduos com transtorno mental que não cometeram crimes e esvazia, por completo, as medidas de segurança e a finalidade precípua da Lei de Execução Penal nessa matéria: o tratamento e a prevenção.

Em tal cenário, precisa é a lição de Paulo Queiroz ao tecer comentários acerca da proteção insuficiente de bens jurídicos, confira-se:

Convém notar, todavia, que o princípio da proporcionalidade compreende, além da proibição do excesso, a proibição de insuficiência da intervenção jurídico-penal. Significa dizer que, se, por um lado, deve ser combatida a sanção desproporcional

porque excessiva, por outro lado, cumpre também evitar a resposta penal que fique muito aquém do seu efetivo merecimento, dado o seu grau de ofensividade e significação político-criminal, afinal a desproporção tanto pode dar-se para mais quanto para menos.

A inovação trazida pela Resolução nº 487/23 do CNJ, ainda que por vias transversas, revoga dispositivos legais e fomenta a aplicação equivocada das medidas de segurança, cria procedimento de aplicação e execução da sanção penal terapêutica, possibilitando, ainda, aos equipamentos de saúde mental, a cessação automática da internação ou tratamento ambulatorial em evidente prejuízo para a coletividade.

4.7 DA INCONSTITUCIONALIDADE POR CERCEAMENTO DAS PRERROGATIVAS E INVASÃO DAS ATRIBUIÇÕES PRÓPRIAS DO MINISTÉRIO PÚBLICO

É consabido que a Constituição Federal, no capítulo IV, elenca as funções essenciais à justiça, inscrevendo o Ministério Público como o primeiro dos atores, certamente mercê da evidente constatação de que a jurisdição se funda na inércia e de que o Poder Judiciário depende de provocação patrocinada justamente pelos denominados instigadores da jurisdição, dentre os quais, convém reiterar, o “Parquet”, cuja carreira, estrutura básica, princípios, prerrogativas e atribuições remanesceram por ela definidos.

As disposições constitucionais, antes mesmo de revelarem necessidade absoluta de observância, estabelecem determinados nortes infraconstitucionais que impedem desvios legislativos que, de uma ou outra forma, possam comprometer ou abalar a instituição ministerial, notadamente no que toca às suas vocações e aos fins almejados.

Na hipótese, o Ministério Público, lapidarmente definido no artigo 127 da CF, “é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses individuais indisponíveis”, sendo, pois, indispensável à prestação jurisdicional efetiva. Logo, é instituição permanente, dotada de estrutura imprescindível ao perfeito funcionamento do Estado de Direito. Além disso, é essencial, de sorte que não pode ser afastada da função jurisdicional, delineando-se como um dos atores do processo.

Sua relevância é incontestável, vez que suas funções, plasmadas no bojo do artigo 129 da Carta Política, ganham consideração meramente exemplificativa quando o constituinte, no inciso IX do citado artigo, confere à

instituição a possibilidade de “exercer outras funções que lhe forem conferidas, desde que compatíveis com sua finalidade, sendo-lhe vedada a representação judicial e a consultoria jurídica de entidades públicas.”.

Noutra face, em se tratamento de execução penal, o Ministério Público, órgão da execução penal (art. 61, inciso III, da Lei 7.210/1984), detém protagonismo salutar no esboço trâmite processual, haja vista que suas funções estão elencadas no capítulo IV da Lei de Execução Penal. Decerto, a instituição ministerial, segundo o artigo 67, “fiscalizará a execução da pena e da medida de segurança, oficiando no processo executivo e nos incidentes da execução”, ao passo em que lhe incumbe, ainda, requerer “a internação, a desinternação e o restabelecimento da situação anterior”, segundo disposição do art. 68, inciso II, alínea “f”, do estatuto de execução penal.

Inegável a imprescindibilidade do Ministério Público para o implemento das finalidades intrínsecas à execução penal, portanto. Outro não é o entendimento colhido da doutrina de Norberto Avena:

Dispõe o art. 67 da LEP que “o Ministério Público fiscalizará a execução da pena e da medida de segurança, oficiando no processo executivo e nos incidentes da execução”. A partir dessa previsão, infere-se que lhe incumbe atuar em todo o processo executivo, vale dizer, desde o início do cumprimento da pena (art. 195 da LEP) até seu final e a consequente extinção da punibilidade do sentenciado.

No curso dessa atuação, duas ordens de intervenção são facultadas ao promotor de justiça: uma, no sentido de requerer deliberações judiciais relacionadas à concessão ou revogação de benefícios, instauração de incidentes, conversões e demais providências concernentes ao desenvolvimento do processo executivo; outra, no sentido de intervir mediante a formulação de pareceres em relação a situações materializadas no processo de execução criminal decorrentes de postulações do apenado ou do seu defensor, de manifestações do conselho da comunidade, de pronunciamentos do Conselho Penitenciário, de constatações ex officio do juiz da execução etc.”. (Avena, Norberto Cláudio Pâncaro. Execução Penal: esquematizado. 2º. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015, pg. 144).

A titularidade e monopólio da ação penal pública lhe pertence e, como decorrência lógica, todas as medidas que lhe forem corolários lógicos, notadamente quando a lei, uma das fontes primárias do Direito, dispuser claramente a respeito.

No caso em comento, no qual se defende o entendimento de que o art. 10, parágrafo único, da

Resolução CNJ nº 487/23 importou em evidente cerceamento de prerrogativas e invasão de atribuições próprias do Ministério Público, é de se lembrar que não se pode ignorar o titular da ação penal pública e a consequência lógica de sua especial atuação (executar a condenação ou, antes disso, cuidar de medidas acautelatórias ao longo da formação de culpa) e, sobretudo, o império da lei e o da própria Constituição.

A título ilustrativo, o mencionado dispositivo assim dispõe:

Art. 10. A análise sobre a inimizabilidade da pessoa, quando necessária, poderá ser qualificada com requisição de informações sobre o atendimento e o tratamento dispensado nos serviços aos quais a pessoa esteja vinculada, respeitando o sigilo de informações pessoais e médicas.

Parágrafo único. Considerando que o incidente de insanidade mental que subsidiará a autoridade judicial na decisão sobre a culpabilidade ou não do réu é prova pericial constituída em favor da defesa, não é possível determiná-la compulsoriamente em caso de oposição desta.

É evidente que ao condicionar a instauração do incidente mental à prévia aquiescência da defesa, a Resolução alijou o Ministério Público do exercício da sua função fiscalizatória no âmbito da execução penal e processual penal, especialmente àquela contida no retromencionado art. 68, inciso II, alínea “f”, da Lei de Execução Penal.

Aliás, a exposição de motivos da Lei de Execuções Penais, no item 88, assenta que:

“as atribuições pertinentes a cada um de tais órgãos foram estabelecidas de forma a evitar conflitos, realçando-se, ao contrário, a possibilidade da atuação conjunta, destinada a superar os inconvenientes graves, resultantes do antigo e generalizado conceito de que a execução das penas e da medida de segurança é assunto de natureza eminentemente administrativa”. A mesma exposição, agora no item 92, lembra: “a orientação estabelecida pelo Projeto, ao demarcar as áreas de competências dos órgãos da execução, vem consagrar antigos esforços no sentido de jurisdicionarizar, no que for possível, o Direito de Execução Penal”.

Como se não fosse suficiente, ao estabelecer o citado requisito para instauração do incidente de insanidade mental, o dispositivo ora combatido ainda afronta disposição expressa contida no art. 149, caput, do Código de Processo Penal, vez que limita a requisição, inclusive, do exame médico-legal pelos atores do processo, confira-se:

Art. 149. Quando houver dúvida sobre a integridade mental do acusado, o juiz ordenará, de ofício ou a requerimento do Ministério Público, do defensor, do curador, do ascendente, descendente, irmão ou cônjuge do acusado, seja este submetido a exame médico-legal.

§ 1º O exame poderá ser ordenado ainda na fase do inquérito, mediante representação da autoridade policial ao juiz competente.

§ 2º O juiz nomeará curador ao acusado, quando determinar o exame, ficando suspenso o processo, se já iniciada a ação penal, salvo quanto às diligências que possam ser prejudicadas pelo adiamento.

Se a Constituição Federal confere ao Ministério Público todo o arcabouço jurídico alhures referido, é de se ressaltar que a lei 7.210/84, bem como o art. 149 do Código de Processo Penal, deveriam ter sido observados pelo E. CNJ, uma vez que o “Parquet” remanesceu no primeiro diploma legal como órgão de execução penal logo após o Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária e do Juízo da Execução. Por conseguinte, validando todo o exposto, o segundo diploma legal mencionado, expressamente consignou a legitimidade do Ministério Público para requisitar a realização do exame-médico legal.

Assim, ao impor a necessidade de aquiescência da defesa para que seja instaurado o incidente de insanidade mental, impede-se que o Parquet efetivamente desempenhe o seu protagonismo na aplicação da lei penal e na fiscalização do cumprimento da pena, mormente em matéria de saúde mental, em que os incidentes de insanidade mental possuem indiscutível relevância para se aquilatar o tratamento condizente com as necessidades do réu ou do sentenciado.

Num célere retrospecto, a Constituição Federal, para quem o Ministério Público possui o atributo da essencialidade, confiou à instituição o monopólio da ação penal pública e seus corolários, ao passo que a LEP, plenamente recepcionada pela nova ordem constitucional, o consagrou como órgão da execução penal e como fiscalizador do cumprimento da pena e da medida de segurança, sinalizando para o desiderato de atuação conjunta voltada à superação de dificuldades no âmbito da execução.

Fácil precisar que se a Constituição Federal não o afasta, ninguém mais pode fazê-lo, até porque não se nega que a instituição, em última análise, embora de Estado, representa o povo, como já o admitiu o Colendo STJ, no bojo do HC 67.759, ocasião em que o Ministro Celso de Mello (j. 06.08.92, DJ 1.07.93), ao decidir sobre o princípio do Promotor Natural, ensinou:

Esse princípio consagra uma garantia de ordem jurídica, destinada tanto a proteger o membro do Ministério Público, na medida em que lhe assegura o exercício pleno e independente de seu ofício, quanto a tutelar a própria coletividade, a quem se reconhece o direito de ver atuando, em quaisquer causas, apenas o Promotor cuja intervenção se justifique a partir critérios abstratos e predeterminados, estabelecidos em lei.

Por derradeiro, na órbita do Direito Internacional, os Princípios para a Proteção Das Pessoas com Doença Mental e para o Melhoramento Dos Cuidados De Saúde Mental, adotados pela Resolução 46/119 da Assembleia Geral das Nações Unidas, de 17 de dezembro de 1991, preservam as atribuições do Ministério Público previstas em lei, ao ressaltar que:

Princípio 5

EXAME MÉDICO

Nenhuma pessoa será obrigada a submeter-se a exame médico a fim de determinar se sofre ou não de doença mental, salvo em conformidade com um procedimento autorizado pelo direito interno.

5. DA AUSÊNCIA DE DISCUSSÃO COM A SOCIEDADE CIVIL E COM OS RESPONSÁVEIS PELA POLÍTICA PÚBLICA DA SAÚDE MENTAL

Ao editar a Resolução nº 487/2023 que trata de matéria de indiscutível relevância e que versa sobre o desenvolvimento de política pública, o CNJ não oportunizou a participação da sociedade, dos demais órgãos da execução penal, do Poder Executivo e dos profissionais envolvidos no trato da saúde mental, passando ao largo da discussão que o assunto impõe, devido à sua relevância, fazendo com que a sociedade e os próprios pacientes suportem os prejuízos advindos da reinserção dos indivíduos acometidos por transtorno mental ou qualquer forma de deficiência psicossocial que não possuam condições de, sozinhos, se submeterem ao tratamento de que necessitam.

Segundo o ato normativo em riste, os indivíduos acometidos de transtorno mental e que estejam em conflito com a lei serão submetidos a tratamento voluntário com o propósito de assegurar o direito constitucional à saúde sem olvidar da dignidade da pessoa humana. Porém, como é consabido, a saúde mental não é linear, dado a singularidade com que os casos se apresentam e, para além

disso, necessário ponderar que o indivíduo delinquente acometido de transtorno mental demanda intervenção diversa, sendo, pois, impraticável o tratamento desses pacientes no mesmo ambiente daqueles indivíduos não delinquentes acometidos por transtorno mental. Assim é que a delimitação de tratamento voluntário, de maneira indistinta, aos pacientes em medida de segurança vai de encontro ao que a Resolução do CNJ diz pretender salvaguardar.

Suprimir a internação nos Hospitais de Custódia e tratamento Psiquiátrico é negar, aos indivíduos em conflito com a lei acometidos por transtorno mental, a reinserção social na medida em que é tolhido o acesso ao tratamento condizente com o transtorno mental ou deficiência psicossocial que os afligem, portanto.

Nessa senda, a indicação de tratamento voluntário como medida primeira a ser aplicada sem a necessária análise da cessação ou não da periculosidade por médico psiquiatra, representa risco aos próprios portadores de transtorno mental, à coletividade, além de violar flagrantemente a legislação que permite a internação psiquiátrica compulsória.

A toda evidência, melhor seria a modificação do regramento da medida de segurança por meio do devido processo legislativo, oportunizando a análise profícua da temática pelo Poder Legislativo, por diferentes setores da sociedade civil organizada, especialmente as associações médicas psiquiátricas, da administração pública, dos Poderes da República e dos órgãos incumbidos da persecução e execução penal, na tentativa de fomentar o incremento da estrutura atualmente disponível para a oferta de tratamento aos indivíduos submetidos às medidas de segurança.

6. CONCLUSÃO

Diante do exposto, os atos normativos internos que regulam o trato da saúde mental estão em sintonia com os preceitos de direito internacional, mesmo porque as medidas de segurança almejam a humanização e a prevenção do tratamento, além de determinar a internação somente quando os tratamentos extra-hospitalares se mostrarem ineficazes.

Ressai, pois, que a medida de segurança de internação, malgrado se trate de medida com certa privação de liberdade, tem por objetivo restabelecer a higidez mental do paciente, visando, sobretudo, a retomada do controle de condutas inerentes às liberdades primárias e, por consequência, da sua sadia qualidade de vida, uma vez que, de acordo com a atual sistemática, a medida de segurança de internação, como mecanismo de inserção em tratamento e consequente restabelecimento

do quadro psíquico do portador de sofrimento mental, é a via primeira a ser trilhada quando tratamentos extra-hospitalares se mostrarem ineficazes.

Assim sendo, cuida-se de ato normativo do CNJ eivado de inconstitucionalidade e inconvenção que, ao contrário do que se pretende fazer crer, representa uma involução na política de saúde mental e na proteção dos indivíduos com transtorno mental ou outra deficiência psíquica que estejam ou não submetidos a medida de segurança, esvaziando os Direitos Fundamentais consagrados na Constituição Federal e os Tratados e Convenções Internacionais ratificados pelo Brasil.

REFERÊNCIAS

AGUIAR JÚNIOR, Rui Rosado. **Aplicação da Pena**. 5ª Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 11.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil (1988)**. Diário Oficial da União, Brasília, 05 out. 1988.

BRASIL. **Código Penal (1940)**. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 07 dez. 1940.

BRASIL. **Código de Processo Penal (1941)**. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 03 out. 1941.

BRASIL. **Lei n. 7.210/1984**. Lei de Execução Penal. Institui a Lei de Execução Penal. Diário Oficial da União, Brasília, 13 jul. 1984.

BRASIL. **Lei n. 10.216/2001**. Dispõe sobre a proteção e os direitos das pessoas portadoras de transtornos mentais e redireciona o modelo assistencial em saúde mental.

BRASIL. **Lei n. 13.146/2015**. Estatuto da Pessoa com Deficiência. Institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência.

BRASIL. CÂMARA DOS DEPUTADOS. **Projeto de Decreto Legislativo n. 81/2023; 131/2023; 153/2023**. Sustam a aplicação da Resolução nº 487, de 15 de fevereiro de 2023 do Conselho Nacional de Justiça –CNJ. Disponível em https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=2273316&filename=Avulso%20PDL%2081/2023. Acesso em 25/05/2023.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. RHC 214620/SC. Pleno. Rel. Min. André Mendonça. Brasília. DJe 19/06/2023.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. HC 209.364/SP. Rel. Min. Alexandre de Moraes, Brasília, DJe 18/02/2022.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. ADI 4145/DF. Rel. Min. Edson Fachin, Brasília, DJe 31/07/2020.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. ADI 4662/SP. Rel. Min. Dias Toffoli, Brasília, DJe 22/09/2022.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. ADI 7200MC/RR. Rel. Min. Roberto Barroso, Brasília, DJe 10/10/2022.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. ADI 5949/RJ. Rel. Min. Carmen Lúcia, Brasília, DJe 11/11/2019.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. HC 125370/SP. Rel. Min. Rosa Weber, Brasília, DJe 03/08/2015.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. AgRg no HC 779.473/SC, Relator: Min. Ribeiro Dantas, DJe 24/03/2023.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Agr no HC 736.312/SC, Relator: Min. Joel Ilan Paciornik, DJe 09/03/2023.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. HC 92.010/ES, Relator: Min. Napoleão Nunes Maia Filho, DJe 21/02/2008.

CNJ, CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Resolução 487/2023**. Institui a Política Antimanicomial do Poder Judiciário e estabelece procedimentos e diretrizes para implementar a Convenção Internacional dos Direitos das Pessoas com Deficiência e a Lei n. 10.216/2001, no âmbito do processo penal e da execução das medidas de segurança.

CNJ, CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Regras de Mandela: regras mínimas padrão das Nações Unidas para o tratamento de presos**. Brasília: CNJ, 2016. 45 p. (Tratados Internacionais de Direitos Humanos).

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS – CIDH. **Caso Ximenes Lopes Vs. Brasil**. Sentença de 4 de julho de 2006. São José da Costa Rica. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_149_por.pdf Acesso em: 29/05/2023.

Acesso em: 29/05/2023.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Execução Penal**. São Paulo: Editora JusPodivm, 2022, pg. 495

MASSON, Cléber. **Direito Penal Esquematizado – Parte Geral – Vol. 1 – 10ª ed. rev; atual. e ampl.** – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2016, pg. 935.

MAGALHÃES, José Carlos de. **O Supremo Tribunal Federal e o Direito Internacional: uma análise crítica**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 16-17.

MAZZA, Alexandre. **Manual de Direito Administrativo**. 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 2021.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de Direitos Humanos**. 8 ed. São Paulo, método, 2021.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Teoria geral do controle de convencionalidade no direito brasileiro**. Revista de informação legislativa, v. 46, n. 181, p. 113-133, jan./mar. 2009. Revista dos tribunais, São Paulo, v. 98, n. 889, p. 105-147, nov. 2009. Revista de direito do Estado: RDE, n. 14, abr./jun. 2009. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/194897>. Acesso em: 29/05/2023.

MINISTÉRIO DA SAÚDE. **Portaria nº 2391/GM/MS/2002**. Regulamenta o controle das internações psiquiátricas involuntárias (IPI) e voluntárias (IPV) de acordo com o disposto na Lei 10.216, de 6 de abril de 2001.

MINAS GERAIS. **Tribunal de Justiça de Minas Gerais**. Apelação Criminal 1.0000.23.049975-8/001; Relator(a): Des.(a) Corrêa Camargo; Data de Julgamento: 08/11/2023; Data da publicação da súmula: 13/11/2023.

MINAS GERAIS. **Tribunal de Justiça de Minas Gerais**. Apelação Criminal 1.0000.23.159106-6/001; Relator(a): Des.(a) Âmalin Aziz Sant'Ana; Data de Julgamento: 09/11/2023; Data da publicação da súmula: 10/11/2023.

MINAS GERAIS. **Tribunal de Justiça de Minas Gerais**. Apelação Criminal 1.0000.23.115524-3/001; Relator(a): Des.(a) Kárin Emmerich; Data de Julgamento: 27/09/2023; Data da publicação da súmula: 27/09/2023.

MINAS GERAIS. **Tribunal de Justiça de Minas Gerais**. Portaria Conjunta nº 834/PR/2019. Diário Oficial Eletrônico, Belo Horizonte, 30 abr. 2019.

ONU - ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS.

Declaração Universal dos Direitos Humanos da ONU. Disponível em: <https://www.ohchr.org/en/human-rights/universal-declaration/translations/portuguese?LangID=por>. Acesso em: 29/05/2023.

ONU - ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS.
Princípios para a Proteção dos Doentes Mentais e para a Melhoria do Atendimento de Saúde Mental. Disponível em: <https://gddc.ministeriopublico.pt/sites/default/files/princ-saudemental.pdf> Acesso em: 29/05/2023.

PRINCÍPIO E REGRAS DA EXECUÇÃO DE SENTENÇA PENAL, Revista de Processo | vol. 98/2000 | p. 237 - 257 | Abr - Jun / 2000; Doutrinas Essenciais Processo Penal | vol. 6 | p. 1131 - 1155 | Jun / 2012 | DTR\2000\246.

QUEIROZ, Paulo. **Direito Penal.** Parte Geral. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 45.

TÓPICOS (IN)COMUNS SOBRE O ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL E SUA APROXIMAÇÃO COM O PLEA BARGAIN NORTE-AMERICANO

MAURO MESSIAS¹

1. BREVE CONCEITUAÇÃO

O acordo de não persecução penal, instituído pela Lei Anticrime no artigo 28-A do Código de Processo Penal, consiste no ajuste, em procedimento que apure crimes de **média gravidade**, isto é, com **pena mínima inferior a quatro anos**^{2 3} (e.g. uso de documento falso, furto qualificado e embriaguez ao volante), entre o membro do Ministério Público (ou querelante⁴) e o investigado, no qual sejam pactuadas **condições** (e não **penas**), com a **obrigatória** homologação do acordo pelo **juiz das garantias** (artigo 3º-B, XVII, do CPP⁵).

O acordo busca **evitar** a propositura de uma

denúncia — por isso é incorreto oferecê-lo juntamente com esta (v.g. na cota ministerial) —, havendo, sempre, a participação da defesa técnica e, posteriormente, do membro do Poder Judiciário. O **adimplemento integral** do acordo por parte do investigado **evitará definitivamente** a propositura de ação penal, resultando na **extinção da punibilidade**⁶ do acordante (artigo 28-A, § 13, do CPP).

Descumprida **injustificadamente** a tratativa por parte do investigado, restará ao membro do Ministério Público **comunicar** tal fato ao Poder Judiciário, mediante requerimento de (1) **rescisão judicial** do acordo⁷, (2) intimação à **vítima** e (3) vista dos autos, para posterior **oferecimento de denúncia**.

1 *Master of Laws* (Universidade da Califórnia em Los Angeles, Estados Unidos), com período de trabalho no Ministério Público da Califórnia em Los Angeles. *Computer Science certificate program* (Universidade de Harvard, Estados Unidos). Autor de livros. Professor. Promotor de Justiça. Criador e programador do CogniJUS (www.cognijus.com), antigo “Sistema de Inteligência Artificial AppCrim”, premiado em 1º lugar pelo CNMP, em 2021. Redator pela CONAMP da petição inicial e de pedido liminar nas ADIs 6919/DF e 6305/DF, respectivamente, bem como de memoriais perante o STJ acerca do pedido de revisão da Súmula 231.

2 O artigo 28-A, *caput*, do Projeto Anticrime reduzia sobremaneira o universo de infrações penais passíveis de celebração de acordo de não persecução penal, o que era visto com preocupação, pois caminhava na contramão da ampliação dos espaços de consenso na Justiça criminal. O projeto permitia o acordo somente para infrações com pena máxima inferior a quatro anos.

3 O requisito do *quantum* da pena, previsto no artigo 28-A, *caput*, do CPP, possui alguma semelhança com o teor do artigo 44, I, do Código Penal, que admite a substituição da pena privativa de liberdade por pena restritiva de direito quando aquela for aplicada em medida não superior (ou seja, igual ou inferior) a quatro anos. Observe-se que a Lei Anticrime admite o acordo apenas para os delitos com pena mínima abstrata inferior a quatro anos, ao passo que o Código Penal permite a mencionada substituição quando a pena aplicada for igual ou inferior a quatro anos. Assim, enquanto a Lei Anticrime cuida da pena “abstrata” e “inferior” a quatro anos, o Código Penal versa a pena “em concreto” e “igual ou inferior” a quatro anos.

4 Tal como ocorre na transação penal (STJ, RHC n.º 102.381/BA), defendemos a possibilidade de o querelante oferecer acordo de não persecução penal. Tome-se o exemplo do crime de calúnia mediante paga (artigos 138 e 141, § 1º, do Código Penal), que se procede mediante queixa (artigo 145 do Código Penal). Todavia, como tais hipóteses são bastante incomuns, este artigo dará preferência à legitimidade ativa do Ministério Público, que alcança a esmagadora maioria dos casos passíveis de acordo de não persecução penal – inclusive aqueles poucos em que a vítima decide agir por inércia do *Parquet* (ação penal privada subsidiária da pública). Assim, as expressões “denúncia”, “ação penal pública” ou “Ministério Público”, majoritariamente utilizadas nesta obra, podem ser substituídas, respectivamente, por “queixa”, “ação penal privada” ou “querelante”, sempre que o caso admitir proposta de acordo de não persecução penal e o ofendido for legitimado ativo.

5 O juiz das garantias é responsável pelo controle da legalidade da investigação criminal e pela salvaguarda dos direitos individuais cuja franquia tenha sido reservada à autorização prévia do Poder Judiciário, competindo-lhe especialmente: [...] decidir sobre a homologação de acordo de não persecução penal ou os de colaboração premiada, quando formalizados durante a investigação.

6 Em que pese o teor do artigo 18, § 11, da Resolução n.º 181/2017 do CNMP, no sentido de que a evitação da denúncia ocorreria por ausência de interesse de agir do *Parquet*, a nova lei determinou que o cumprimento integral do acordo ensejasse a extinção da punibilidade do agente, à semelhança do que ocorre na transação penal e na suspensão condicional do processo. A verdade é que a Resolução n.º 181/2017 do CNMP não poderia ter disposto sobre causa extintiva da punibilidade, que é matéria penal, em razão da competência privativa da União para legislar sobre esse tema (artigo 22, I, da CRFB).

7 A necessidade de rescisão judicial do acordo também é uma novidade implementada pelo artigo 28-A do CPP, originada tanto do Projeto de Lei n.º 10.372/2018 (artigo 28-A, § 12) quanto do Projeto Anticrime (artigo 28-A, § 10).

Vale referir que o *nomen juris* dado ao novo instituto negocial causa alguma **estranheza**. Concordamos com Rodrigo Brandalise e Mauro Fonseca Andrade (2019, p. 236), para os quais há uma **contrariedade** entre a nomenclatura adotada, “não persecução penal”, e o fato de a persecução penal *lato sensu* já ter sido iniciada (investigação criminal em curso). A nosso ver, melhor seria a seguinte taxonomia: **acordo de não persecução em juízo**. Em consideração à (remota) hipótese de acordo de não persecução penal para evitar a propositura de queixa, não recomendamos a expressão “acordo de não denúncia”.

Por fim, é demasiado importante destacar que o acordo de não persecução penal é uma espécie de **negociação**. Negociação é uma “comunicação de ida e volta”, concebida para que se chegue a uma avença quando os acordantes possuem tanto **interesses em comum** quanto **divergências** (Fisher; Ury; Patton, 2005, p. 15). A negociação, a justiça restaurativa, a mediação e a arbitragem formam as **quatro principais** ferramentas de resolução alternativa de disputas — RAD (*Alternative Dispute Resolution*, ou ADR), ou, segundo a taxonomia mais recente, **tratamento adequado do conflito**. Apenas as duas primeiras possuem reconhecida aplicação na área criminal brasileira, inclusive se entrecruzando, tanto que, segundo o enunciado n.º 10 da I Jornada de Direito e Processo Penal do Conselho da Justiça Federal, “Recomenda-se a realização de práticas restaurativas nos acordos de não persecução penal, observada a principiologia das Resoluções n. 225 do CNJ e 118/2014 do CNMP”.

A literatura jurídica nacional está repleta de obras sobre ciências criminais, mas, infelizmente, ainda possui **pouco** material doutrinário acerca da aplicação, na seara criminal, de métodos de tratamento adequado do conflito, especialmente a **negociação**. Isso se deve, em grande parte, à formação do bacharel em Direito no país, que, historicamente, não recebeu o devido investimento nesse sentido. A tendência é que esse quadro mude significativamente. A Portaria n.º 1.351/2018 do Ministério da Educação homologou o Parecer n.º 635/2018 da Câmara de Educação Superior do Conselho Nacional de Educação, que promoveu a revisão das diretrizes curriculares nacionais do curso de graduação em Direito. Nos termos do referido ato regulamentar:

O curso de graduação em Direito deverá assegurar, no perfil do graduando, sólida formação geral, humanística, capacidade de análise, domínio de

conceitos e da terminologia jurídica, adequada argumentação, interpretação e valorização dos fenômenos jurídicos e sociais, **além do domínio das formas consensuais de composição de conflitos**, aliado a uma postura reflexiva e de visão crítica, que fomente a capacidade e a aptidão para a aprendizagem, autônoma e dinâmica, indispensável ao exercício do Direito, à prestação da justiça e ao desenvolvimento da cidadania. (grifo meu.)

Conforme o ato normativo acima, “dentre o conjunto de competências e habilidades a serem desenvolvidas no processo de aprendizagem, espera-se, ao menos, [...] **desenvolver a cultura do diálogo e o uso de meios consensuais de solução de conflitos**”. Festeja-se essa postura porque vai ao encontro do propósito do **tratamento adequado do conflito**: a ampliação dos mecanismos de solução de disputas, diante da evidente **inefetividade** do sistema de justiça tradicional para resolver os diferentes tipos de conflitos.

2. CONFUSÃO COM O PLEA BARGAINING NORTE-AMERICANO

É preciso ponderar que, embora o *plea bargaining*⁸ norte-americano, tal como o acordo de não persecução penal, consista em um mecanismo de resolução pactuada de casos penais, o primeiro se dá sob a ameaça de sanção pelo Estado-Juiz, ao contrário do último, que confere primazia a não coercividade e busca evitar a deflagração de um processo-crime.

Por se tratar de oportunidade meramente extrajudicial, sem qualquer processo instaurado (não há sequer o oferecimento de denúncia), eventual **confissão** dos fatos pelo investigado não representa **assunção de culpa** (*guilty plea*), como se conduzisse o acordante ao recebimento de uma pena pelo juiz. Tanto isso é verdade que, se o investigado **descumprir** injustificadamente os termos pactuados no acordo de não persecução penal, a única **consequência** em seu desfavor será o ajuizamento de denúncia pelo membro do Ministério Público, sem a possibilidade de **execução** das condições acordadas — de forma semelhante, inclusive, ao que ocorre nos casos de descumprimento de transações penais, segundo a já citada Súmula Vinculante n.º 35.

⁸ A fim de evitar confusões terminológicas, cumpre expor os seguintes conceitos oferecidos por Ana Lara Camargo de Castro (2019, p. 39): *plea* é a declaração, prestada em juízo, de culpado (*guilty plea*), não culpado (*not guilty plea*) ou que não admite nem contesta a acusação (*nolo contendere*); *plea bargaining*, por sua vez, consiste no ato de negociação entre acusação e defesa para se chegar à resolução penal; por fim, *plea bargain* é a tratativa em si, o que ficou negociado entre os acordantes.

Portanto, o acordo de não persecução penal **não** deve ser confundido com a sistemática tradicional do *plea bargaining* norte-americano, dotada de inevitabilidade mediante uma sentença criminal.

Pari passu, é importante não confundir o acordo de não persecução penal com o *Non-Prosecution Agreement* (NPA) do *plea bargaining* norte-americano. NPA é um acordo de resolução extrajudicial (*pretrial diversion*) entre o governo norte-americano (geralmente, o Departamento de Justiça ou a Comissão de Valores Mobiliários) e entidades corporativas, sobretudo em crimes de colarinho branco (*white-collar crime*), que permite que o governo promova medidas ou obrigações administrativas contra a respectiva entidade (como multa, confissão dos fatos, renúncia à prescrição, mudanças institucionais e adoção de *compliance*), em troca do compromisso, por parte do governo, de abrir mão de futuras ações penais contra a companhia.

Embora a tradução literal do NPA, em língua portuguesa, seja equivalente a “acordo de não persecução”, o instituto norte-americano **difere** muitíssimo do acordo de não persecução penal, sendo, em verdade, semelhante a outra espécie de **acordo de não processar** existente no Brasil: o **acordo de leniência**, previsto nos já mencionados artigos 87 da Lei n.º 12.529/2011 e 16 da Lei Anticorrupção (Lei n.º 12.846/2013). Por isso causa estranheza o fato de René Ariel Dotti e Gustavo Scandelari (2019, p. 1) afirmarem que “a expressão ‘acordo de não persecução’ parece trazida da experiência norte-americana, por inspiração nos seus *deferred prosecution agreement* e *non-prosecution agreement*”.

Igualmente, peço vênia para discordar da afirmação de que o acordo de não persecução penal (inclusive a transação penal⁹ e a suspensão condicional do processo) é “assemelhado ao *plea of nolo contendere*” norte-americano (Brandalise; Andrade, 2019, p. 262). Ora, o *nolo contendere* estado-unidense, tal como o *guilty plea*, (1) **gera** condenação criminal, (2) **impõe** pena e (3) **pesa** como maus antecedentes — embora não produza efeitos na responsabilidade civil —, fatores absolutamente **distantes** do acordo de não persecução penal (assim como da transação penal e do *sursis* processual). Por isso, não concordo com a afirmação dos autores no sentido de que a “aceitação e cumprimento” do *nolo contendere* “não causam reflexos na culpabilidade” do imputado, pois faz aproximadamente cem anos que o *plea of nolo contendere* pode ter como consequência a imposição de uma **pena** (inclusive privativa de liberdade), segundo *Hudson v. United States* (1926).

3. PACTUM DE NON PETENDO OU ACORDO DE IMUNIDADE CONDICIONAL

Durante o correto cumprimento das condições avançadas e desde que elas sejam integralmente adimplidas, o Ministério Público **não** promoverá a ação penal pública. Tem-se um nítido *pactum de non petendo* ou acordo de imunidade condicional.

Pactum de non petendo significa **promessa de não processar** e, frise-se, não representa uma novidade no país. Veja-se a redação do artigo 26, 3, da Convenção de Palermo (Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional), incorporada ao ordenamento jurídico brasileiro por meio do Decreto n.º 5.015/2004:

Cada Estado Parte poderá considerar a possibilidade, em conformidade com os princípios fundamentais do seu ordenamento jurídico interno, de **conceder imunidade** a uma pessoa que coopere de forma substancial na investigação ou no julgamento dos autores de uma infração prevista na presente Convenção. (grifo meu)

Uníssono o artigo 37, 3, da Convenção de Mérida (Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção), incorporada em *terrae brasilis* via Decreto n.º 5.687/2006, *in verbis*:

Cada Estado parte considerará a possibilidade de prever, em conformidade com os princípios fundamentais de sua legislação interna, a **concessão de imunidade judicial** a toda pessoa que preste cooperação substancial na investigação ou no indiciamento dos delitos qualificados de acordo com a presente Convenção. (grifo meu)

Não à toa, os dispositivos acima lembram o teor do artigo 4º, § 4º, da Lei n.º 12.850/2013, segundo o qual o Ministério Público poderá **deixar de oferecer denúncia** se a proposta de acordo de colaboração ou delação premiada envolver (1) infração de cuja existência o *Parquet* não tenha prévio conhecimento e (2) colaborador que não seja o líder da organização criminosa e seja o primeiro a prestar efetiva colaboração. Atualmente, até a **imunidade** à propositura de **medidas cautelares e assecuratórias** pode ser negociada em acordos de colaboração premiada (artigo 3º-B, § 3º, da Lei n.º 12.850/2013, com a redação dada pela Lei Anticrime).

⁹ Na verdade, há alguma semelhança entre o *nolo contendere* italiano e a figura da transação penal.

Embora as hipóteses mencionadas acima digam respeito à sistemática da colaboração premiada, bastante diferente do acordo de não persecução penal, sobretudo por ser um **meio de obtenção de prova**, é verdadeiro dizer que ambos os institutos podem funcionar como **promessas de não processar** ou **acordos de imunidade condicional**, pois o investigado/acordante não poderá ser processado criminalmente pelo Ministério Público **durante e após** o cumprimento das condições entabuladas.

4. BRADY MATERIAL E A SUPRESSÃO DE EVIDÊNCIA FAVORÁVEL AO IMPUTADO

Lembre-se que a proposta de acordo de não persecução penal é **incabível** nas hipóteses de **arquivamento** do inquérito policial ou do procedimento investigatório criminal (*opinio delicti* negativa), nos termos do artigo 28-A, *caput*, do CPP. Disso decorre que o membro do Ministério Público, antes de oferecer o acordo, deve examinar no procedimento investigativo a existência de prova da materialidade e indícios suficientes de autoria, vedada a **omissão pelo Parquet de evidência favorável ao investigado**, capaz de exonerar a responsabilidade penal deste¹⁰.

Com efeito, o membro do Ministério Público deve trazer ao procedimento investigativo elementos de informação que esclareçam os fatos, **quer favoráveis à acusação, quer à defesa**. A esse respeito, vide o teor do artigo 54, item 1, *a*, do Estatuto de Roma, também dotado de força normativa **supralegal**:

Funções e Poderes do Procurador em Matéria de Inquérito

1. O Procurador deverá:

a) A fim de estabelecer a verdade dos fatos, alargar o inquérito a todos os fatos e provas pertinentes para a determinação da responsabilidade criminal, em conformidade com o presente Estatuto e, para esse efeito, **investigar, de igual modo, as circunstâncias que interessam quer à acusação, quer à defesa;** (grifo meu).

Redação semelhante já havia sido adotada pelos itens 13, *b*, e 14 dos Princípios Orientadores Relativos à Função dos Magistrados do Ministério Público, por ocasião do Oitavo Congresso das Nações Unidas para a Prevenção do Crime e o Tratamento dos Delinquentes:

13. No desempenho dos seus deveres, os magistrados do Ministério Público deverão:

[...]

b) Proteger o interesse público, atuar com objetividade, ter devidamente em conta a posição do suspeito e da vítima, e prestar atenção a todas as circunstâncias relevantes, **independentemente de [elas] serem favoráveis ou desfavoráveis ao suspeito;** (negrito)

[...]

14. Os magistrados do Ministério Público não deverão deduzir nem prosseguir uma acusação, ou farão todos os esforços para suspender o processo, **caso uma investigação imparcial demonstre que a acusação não tem fundamento.** (grifo meu.)

Portanto, ao analisar se determinado caso admite acordo de não persecução penal, o membro do Ministério Público, **independentemente de requerimento defensivo**, deve trazer ao procedimento investigativo elementos de informação que esclareçam os fatos, quer favoráveis à acusação, quer à defesa, vedada a **supressão** pelo órgão de persecução penal de evidência favorável ao imputado capaz de exonerar a responsabilidade deste.

5. RENÚNCIA DO INVESTIGADO A RECURSOS (E MEIOS AUTÔNOMOS DE IMPUGNAÇÃO) JÁ INTERPOSTOS

Segundo a experiência jurídica **norte-americana**, onde a resolução penal pactuada funciona de modo pujante, o direito ao recurso é **renunciável** (*waivable*), logo, pode ser objeto de acordos. Isso **não** significa,

¹⁰ A título ilustrativo: no caso norte-americano *Brady v. Maryland* (USA, 1963), a Suprema Corte assentou que viola o devido processo legal a supressão pelo órgão de persecução pena de evidência favorável ao imputado, capaz de exonerar a culpa deste ou diminuir a sua pena (*Brady material*).

Posteriormente, em *United States v. Agurs* (USA, 1976), a Suprema Corte decidiu existir um **dever de revelação de evidências** por parte do órgão de persecução penal, **independentemente de requerimento defensivo**, sempre que a sua omissão negar ao imputado o seu direito a um julgamento justo ou gerar dúvida razoável sobre a sua culpa.

contudo, que a renúncia ao direito de recorrer, por mais ampla que seja, elimine quaisquer possibilidades de interposição de recurso, conforme decidido pela Suprema Corte dos Estados Unidos em *Garza v. Idaho* (USA, 2019). É que, embora o direito de recorrer possa ser **renunciado** (*waivable*), o direito de questionar, por exemplo, a **voluntariedade** de um acordo de admissão de culpa é **irrenunciável** (*nonwaivable*). Em outras palavras, mesmo a renúncia **genérica** ao direito ao recurso **não** impede que certos direitos constitucionais sejam defendidos recursalmente¹¹.

Por óbvio, as bases do direito estado-unidense são sobremaneira distintas da tradição jurídica brasileira, sendo incorreto transplantar para o Brasil, sem maiores cuidados, as categorias dogmáticas norte-americanas. Nada obstante, uma lição pode ser extraída: devemos analisar com muita cautela a validade da renúncia ao direito ao recurso (e meios autônomos de impugnação) operada de modo **genérico, indefinido** ou “às cegas”, isto é, a renúncia a impugnações **sequer interpostas**. Nem mesmo na sistemática do *plea bargaining*, em que tal cláusula é frequente, a renúncia ao direito de recorrer é **absoluta**.

Feito esse percurso inicial, cumpre lembrar que a Segunda Turma do STF, ao analisar o HC n.º 176.785/DF, decidiu que a pactuação de **transação penal** não enseja, necessariamente, a perda de objeto de *habeas corpus* anteriormente impetrado. No caso, o Ministro Edson Fachin salientou que a transação penal **não** fez qualquer **menção** ao *habeas corpus* impetrado, evidenciando, portanto, que, na visão do ministro, a renúncia ao *writ* poderia ter sido objeto da avença. No mesmo sentido, a Ministra Cármen Lúcia asseverou que os acordantes se silenciaram acerca do *habeas corpus* pendente de apreciação, restando incabível falar em uma espécie de **renúncia genérica** ao *writ*, pelo só fato de ter sido celebrada uma transação penal.

Portanto, em atenção ao precedente acima, que rejeita a **renúncia genérica a recursos (e meios autônomos de impugnação)**, defendemos que o acordo de não persecução penal somente pode contemplar a renúncia a recursos ou *writs* **já atravessados** pelo investigado, os quais devem ser devidamente individualizados pelos acordantes.

Por inadequação da via eleita, o STJ recentemente inadmitiu *habeas corpus* impetrado pela Defensoria

Pública, que alegava a incidência do princípio da insignificância em caso no qual ela própria havia celebrado acordo de não persecução penal (HC n.º 619.751/SP). Curiosamente, o *writ* foi impetrado **dois dias** depois da celebração da avença e pelo **mesmo** defensor público subscritor do acordo, o que levou o STJ a invocar o princípio geral do Direito *venire contra factum proprium* (vedação do comportamento contraditório).

Com a devida vênia, não se trata de aplicação do princípio geral do Direito que veda o comportamento contraditório. Como visto há pouco, se não houve a **renúncia** de que cuida o já mencionado HC n.º 176.785/DF, apreciado pelo STF, era **cabível** a impetração do *writ*, ainda que **dois dias** após a celebração do acordo e pelas mãos do mesmo defensor. O que houve, em verdade, foi um **grave erro técnico** por parte do membro da Defensoria Pública subscritor da avença e do *writ*, passível de responsabilização perante o órgão a que está vinculado funcionalmente. Ou o profissional não analisara minimamente os autos ao tempo da pactuação, o que o levou a notar tardiamente a suposta insignificância penal, ou agira com má-fé no momento do acordo. Seja como for, a alegação de incidência do princípio da insignificância deveria ter sido apreciada pelo Poder Judiciário.

6. NATUREZA JURÍDICA DA CONFISSÃO: CONDIÇÃO DE EVITAÇÃO DA DENÚNCIA — MAGNUS CONSENSUS

A proposta de acordo de não persecução penal somente pode ocorrer após a formação de **opinio delicti positiva** por parte do membro do Ministério Público, o que demonstra, pois, que o relato dos fatos pelo investigado e a sua confissão **não funcionam** como **início de prova** para denunciar. Ora, já há prova da materialidade e indícios suficientes de autoria para **denunciar**, logo, **não** é este o papel desempenhado pela confissão. O propósito não é robustecer o material investigativo que acompanha a denúncia, pois **não se objetiva denunciar**, e sim **acordar**.

Observe-se também que a confissão em análise **não** representa **assunção de culpa**: **não** haverá processo, sentença criminal ou pena. Não se tem, aqui, um acordo de admissão de culpa que resulte na condenação

¹¹ No direito norte-americano, além da voluntariedade, ao menos outras quatro situações não são alcançadas pela renúncia a recurso: 1) a reclamação do imputado de que não recebeu efetiva assistência pelo seu defensor durante a negociação, como salientado em *Missouri v. Frye* (USA, 2012) e *United States v. Attar* (USA, 1994); 2) se o órgão de persecução “renunciar à renúncia” do imputado, isto é, liberá-lo da renúncia por ele firmada; 3) se o *prosecutor* incorrer em má conduta; e 4) se o Ministério Público violar os termos da avença. Alguns acordos também excluem do âmbito da renúncia a recurso as futuras mudanças na legislação que venham a beneficiar o imputado.

criminal do acordante, como ocorre na sistemática norte-americana do *plea bargaining*.

No acordo de não persecução penal, a única utilidade da confissão é demonstrar que *Parquet* e investigado **concordam** acerca dos fatos e sua autoria, **inexistindo**, assim, interesse na solução **beligerante** do caso via processo-crime. Entendemos a confissão, pois, como a **magnus consensus** entre os interessados, isto é, a máxima demonstração de que (1) a narrativa fática é **unânime**, ou seja, a mesma para ambos os interessados, e (2) o mecanismo escolhido por eles para a solução do caso penal é o **consensual**, e não o **belicoso**.

Portanto, no acordo de não persecução penal, a confissão serve para demonstrar a todos que aquele caso penal de **média gravidade** está “solucionado”. Tanto isso é verdade que, se investigado e *Parquet* **divergirem** sobre os fatos ou sua autoria, a única via possível para a solução do caso será a processual, como tradicionalmente ocorre. Tome-se o exemplo (1) da **confissão qualificada**, situação em que, embora o agente admita os fatos, o faz mediante **teses defensivas** (e.g. legítima defesa), (2) da **confissão parcial**, em que o investigado admite somente **parte** da imputação que pesa contra si, ou (3) da **confissão indireta**, na qual o sujeito confessa a prática de fatos **diversos** daqueles narrados na imputação. Nesses casos, naturalmente, a solução se dará via processo-crime.

A **confissão** em sede de acordo de não persecução penal serve apenas para provar o **máximo consenso possível** entre os interessados, tornando desnecessária a deflagração de uma ação penal. Com isso, parece correto afirmar que a confissão, no acordo de não persecução penal, possui a **natureza jurídica de condição de evitação da denúncia**, e não **início de prova**.

7. RENÚNCIA DO MINISTÉRIO PÚBLICO A REQUERIMENTOS CAUTELARES JÁ FORMULADOS

Raciocínio semelhante ao exposto no tópico anterior pode ser adotado quanto à possibilidade de renúncia do Ministério Público a **requerimentos cautelares já protocolizados**, por ocasião da celebração de acordo de não persecução penal. Considerando que um dos principais propósitos desse acordo é evitar a proliferação de demandas penais no interior do Judiciário, promovendo a pacificação social por meio da redução de litigiosidade, assim como reduzir os altos índices de encarceramento no país (seja provisório, seja definitivo), a **cláusula de imunidade a cautelares** (e.g. prisão preventiva) pode ser um excelente objeto de negociação, desde que devidamente ponderado no caso concreto.

Essa possibilidade fica ainda mais clara ao se analisar a novel **imunidade** à propositura de **medidas cautelares e assecuratórias** em sede de acordos de **colaboração premiada** (artigo 3º-B, § 3º, da Lei n.º 12.850/2013), recentemente introduzida no ordenamento jurídico brasileiro pela Lei Anticrime. Se a **cláusula de imunidade a cautelares** é admitida em acordos de delação premiada, que combatem crimes mais graves, pode ela ser negociada em acordos de não persecução penal, pois a *maiori, ad minus* (quem pode o mais, pode o menos). Embora o artigo 28-A do CPP não preveja **expressamente** essa possibilidade de renúncia pelo Ministério Público, entendemos que, com apoio no artigo 4º da LINDB¹², o recurso da *analogia in bonam partem* pode ser aplicado ao tema em questão.

Por fim, recorda-se que, com o advento da Lei Anticrime, o magistrado não mais pode decretar cautelares de ofício¹³, o que traz ainda mais autonomia e poder de barganha ao Ministério Público ao negociar a **imunidade a cautelares** em sede de acordo de não persecução penal¹⁴.

8. ÜBERMASSVERBOT E UNTERMASSVERBOT — WIN-WIN NEGOTIATIONS

As condições a serem pactuadas devem ser ajustadas de modo a **ressarcir adequadamente** a vítima e **recompôr suficientemente** o meio social, **vedando-se** a proteção jurídica **desproporcional**, isto é, aquela

¹² Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.

¹³ Em qualquer fase da investigação policial ou do processo penal, caberá a prisão preventiva decretada pelo juiz, a requerimento do Ministério Público, do querelante ou do assistente ou por representação da autoridade policial.

¹⁴ Embora o magistrado não mais possa decretar cautelares de ofício, uma vez havendo requerimento de qualquer cautelar por parte da autoridade policial ou do Ministério Público, pode o juiz decretar aquela que entender adequada, inclusive a mais grave delas, isto é, a prisão preventiva. Segundo o Supremo, muito embora o juiz não possa decretar a prisão de ofício, o julgador não está vinculado a pedido formulado pelo Ministério Público (HC n.º 203.208 AgR/MG). Tal entendimento deve ser levado em conta ao se pactuar acordos de imunidade a cautelares.

que se mostre excessiva (*übermassverbot*) ou carente (*untermassverbot*), sob pena de tornar **inconstitucional** a avença. Vale lembrar que o STF, “por mais de uma vez, invocou o princípio da proteção deficiente para declarar a inconstitucionalidade de normas que, de alguma forma, embaraçavam a proteção penal a interesses fundamentais previstos na Constituição” (ADC n.º 43/DF). Assim, faz-se necessário um especial zelo na negociação de condições, guardada a devida proporcionalidade entre o **prêmio** oferecido pelo Ministério Público e a **recomposição** prometida pelo investigado/acordante. Por exemplo, a celebração de acordo de não persecução penal em hipótese de crime contra a administração pública pode livrar o investigado/acordante de uma possível **sanção de inelegibilidade** (vide a Lei Complementar n.º 64/1990, conhecida como Lei da Ficha Limpa), o que exige deste uma **recomposição** equipolente ao benefício almejado.

Dessa forma, as condições avançadas devem produzir benefícios **proporcionais** para **ambos** os acordantes, mirando, sempre, a maior probabilidade de sucesso da avença. Nesse espírito, os acordos de não persecução penal devem assumir a feição de **acordos integrativos**, isto é, do tipo *win-win* (“ganha-ganha”). Segundo a definição do Programa de Negociação de Harvard, *win-win negotiations* são aquelas nas quais cada um dos interessados deixa a mesa de negociações tendo atingido seus objetivos dentro de uma **negociação integrativa**, ou seja, de criação de valor para ambos, em vez de um processo ganancioso ou avarento, típico da **negociação distributiva**¹⁵.

Contudo, as pessoas se encontram mais acostumadas à **negociação distributiva**, pois “ainda se vive sob um paradigma de ‘ganha-perde’, em que o ganho por uma das partes é enxergado como a perda necessária para a outra”, como observa Danielle Arlé (2017, p. 158). Ora, acordos de não persecução penal praticados mediante **negociação distributiva** gerarão ou a percepção de excesso por parte do Ministério Público (*übermassverbot*) ou o sentimento de insuficiência da resposta estatal (*untermassverbot*). Por isso, insistimos: o acordo de não persecução penal deve ser do tipo *win-win*, ou seja, **integrativo**.

REFERÊNCIAS

ARLÉ, Danielle de Guimarães Germano. **Mediação, negociação e práticas restaurativas no Ministério Público**. 2. ed. Belo Horizonte: Editora D’Plácido, 2017.

BRANDALISE, Rodrigo da Silva; ANDRADE,

Mauro Fonseca. Resolução n.º 181 do CNMP – artigo 18. In: ANDRADE, Mauro Fonseca; FISCHER, Douglas (org.). **Investigação criminal pelo Ministério Público: comentários à Resolução 181 do Conselho Nacional do Ministério Público**. 2. ed., rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2019.

CASTRO, Ana Lara Camargo de. **Plea bargain: resolução penal pactuada nos Estados Unidos**. Belo Horizonte: Editora D’Plácido, 2019.

DOTTI, René Ariel; SCANDELARI, Gustavo Britta. Acordos de não persecução e de aplicação imediata de pena: o *plea bargain* brasileiro. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, n. 317, 2019. Disponível em: https://www.ibccrim.org.br/boletim_artigo/6312-Acordos-de-nao-persecucao-e-de-aplicacao-imediata-de-pena-o-plea-bargain-brasileiro. Acesso em: set. 2019.

USA. US Court of Appeals for the Fourth Circuit. **United States v. Attar**. Justia: Richmond, 1994. Disponível em: <https://law.justia.com/cases/federal/appellate-courts/F3/38/727/635735/>. Acesso em: mar. 2020.

USA. US Supreme Court. **Brady v. Maryland**. Justia: Washington, 1963. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/373/83/>. Acesso em: abr. 2019.

USA. US Supreme Court. **Garza v. Idaho**. Justia: Washington, 2019. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/586/17-1026/>. Acesso em: fev. 2020.

USA. US Supreme Court. **Hudson v. United States**. Justia: Washington, 1926. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/272/451/>. Acesso em: mar. 2020.

USA. US Supreme Court. **Missouri v. Frye**. Justia: Washington, 2012. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/566/134/>. Acesso em: mar. 2020.

USA. US Supreme Court. **United States v. Agurs**. Justia: Washington, 1976. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/427/97/>. Acesso em: mar. 2020.

FISHER, Roger; URY, William; PATTON, Bruce. **Como chegar ao sim: a negociação de acordos sem concessões**. Tradução Ricardo Vasques Vieira. Rio de Janeiro: Solomon, 2014.

¹⁵ Conferir o blog *Daily Blog – Harvard Program of Negotiation*. Disponível em: <https://www.pon.harvard.edu/category/daily/win-win-daily/>. Acesso em fev. 2020.