

## Editorial

# Por que tentaram calar Marielle

Homenagear Marielle Franco é um ato político suprapartidário e necessário. Marielle, que, além de ter sido eleita vereadora, era uma mulher negra, de origem da comunidade da Maré, periferia das mais perseguidas pelas forças policiais no Rio de Janeiro, foi brutalmente assassinada na noite de 14 de março, no Rio de Janeiro, às vésperas de se completar o primeiro mês da intervenção federal militar no Estado. Ignorar a importância e a ligação direta entre esses acontecimentos é algo que só interessa a forças autoritárias e antidemocráticas.

Marielle criticava a intervenção federal. Fazia suas denúncias, aliás, há muito tempo, sobre todos os efeitos violentos que já se percebiam no Rio de Janeiro quando do envolvimento do Exército nas chamadas operações de Garantia da Lei e da Ordem (GLO), que fundamentam o Decreto Presidencial 9.288, de 16 de fevereiro, aprovado pelo Congresso Nacional na sequência.

Pouco tempo depois da aprovação do Decreto, o IBCCRIM se manifestou, afirmando ter recebido “com surpresa e preocupação a decretação de intervenção federal na área de Segurança Pública do Estado do Rio de Janeiro para ‘pôr termo a grave comprometimento à ordem pública’”.<sup>(1)</sup> Indicava, ainda, estar espantado e indignado com “a transformação do instrumento civil de intervenção em um ato de natureza militar”.

Ressaltava que iniciativas anteriores de envolvimento de forças militares na segurança pública no Rio de Janeiro haviam sido infelizes: “*As operações militares de Garantia de Lei e Ordem executadas pelas Forças Armadas no Estado nos últimos anos não apresentaram até o momento relatórios e balanços de seus resultados. Ao contrário, são criticadas por organizações locais por terem degradado o ambiente civil das áreas ocupadas e contribuído para violações aos direitos humanos, além de custar milhões aos cofres públicos. Essas operações se dirigem a comunidades pobres, de maioria populacional negra, ou seja, com caráter discriminatório e seletivo. Sua eficácia para o desmantelamento do crime organizado e redução da violência nunca ficou comprovada*”.

Para detalhar mais esse argumento, vale indicar que entre 2010 e 2017 foram realizadas 29 ações de GLO no Brasil. Só no Rio de Janeiro, contabilizando-se a partir de 2006, ocorreram 12, incluindo um período de 15 meses de ocupação militar no conjunto de favelas da Maré (abril/2014 a junho/2015). A convocação e presença dos militares no Rio de Janeiro se deu, entre outras ocasiões, na Conferência Eco92; na ocupação do Complexo do Alemão (dezembro/2010 a junho/2012), nos Jogos Pan-Americanos em 2007, na Copa do Mundo 2014 e nas Olimpíadas 2016. Em alguns desses casos, os indicadores criminais pioraram no período da ação de GLO.

Fazer uso de uma intervenção federal militar neste momento, portanto, não foi apenas espantoso, mas ineficaz, desnecessário, desproporcional e inconstitucional. Discorrendo sobre essas características da intervenção, foi produzida uma Representação,

apresentada à Procuradoria Geral da República, pedindo que o Ministério Público Federal tome as providências necessárias junto ao Supremo Tribunal Federal para reconhecer tal inconstitucionalidade. O documento foi assinado por 12 organizações da sociedade civil, entre elas o IBCCRIM.<sup>(2)</sup>

É notório que a atual intervenção militar não passa de mais uma tentativa de repetir a necropolítica de segurança pública no Rio de Janeiro e em todo o país, com a falsa e desonesta expectativa de se obterem diferentes resultados. É mais uma iniciativa baseada na violência extrema e na guerra às drogas, que consiste na “guerra aos pobres”, ou seja, no extermínio da população negra, pobre e periférica.

Na noite em que Marielle foi executada, com quatro tiros na cabeça, foi aumentada a contagem de mortes de mulheres negras no Rio de Janeiro e no país. O Atlas da Violência de 2017<sup>(3)</sup> expôs que, de 2005 a 2015, a mortalidade de mulheres não negras caiu 7,4%, enquanto para as mulheres negras subiu 22%. Foi atingido também, de forma letal, o motorista de Marielle, Anderson Gomes. Afinal, foram mais duas vidas ceifadas para a conta do Rio de Janeiro e do Brasil.

O sacrifício de Marielle aumentou também a conta do silenciamento de vozes dissonantes à expansão da truculência, que nada tem de descontrolada. A Anistia Internacional<sup>(4)</sup> aponta que o Brasil é o país em que mais matam-se militantes de direitos humanos nas Américas.

É essencial que o caso de Marielle seja rigorosamente apurado e repercutido; que sua memória e o significado de sua luta sejam respeitados; que permaneça o sentimento de perplexidade e comoção por mais essa morte.

Porque são múltiplos os significados dessa execução, principalmente em um momento decisivo, da permanência de uma intervenção militar que pode levar o país a um patamar de excepcionalidade do qual não se sabe se é possível retornar.

Estamos à beira do abismo, com Marielle presente e todas e todos em alerta.

## Notas

- (1) Disponível em: <<https://www.ibccrim.org.br/noticia/14299-Nota-do-IBCCRIM-Comentarios-e-contrapropostas-a-intervencao-federal-no-Rio-de-Janeiro>>.
- (2) Leia-se o documento assinado também por Centro de Estudos de Segurança e Cidadania (CESEC), Conectas Direitos Humanos, Gabinete de Assessoria Jurídica às Organizações Populares (GAJOP), Instituto de Defensores de Direitos Humanos (DDH), Instituto de Estudos da Religião (ISER), Instituto Terra, Trabalho e Cidadania (ITTC), Justiça Global, Movimento Mães de Maio e Redes da Maré. Disponível em: <<https://goo.gl/moVxba>>.
- (3) Disponível em: <<https://www.cartacapital.com.br/sociedade/atlas-da-violencia-2017-negros-e-jovens-sao-as-maiores-vitimas>>.
- (4) Disponíveis em: <<http://g1.globo.com/jornal-hoje/noticia/2017/12/brasil-e-pais-das-americas-onde-mais-se-mata-defensores-de-direitos-humanos.html> e <<https://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2018/03/brasil-esta-entre-os-quatro-lideres-globais-em-homicidios-de-ativistas.shtml>>.

## | Caderno de Doutrina

A inconstitucionalidade da condução coercitiva  
Thiago Bottino \_\_\_\_\_ 2

Ilicitude probatória e ponderação judicial. A perspectiva do processo penal internacional  
Marcos Zilli \_\_\_\_\_ 3

Congresso Nacional e ameaça ao regime progressivo  
Luiz Guilherme Mendes de Paiva e Vivian Calderoni \_\_\_\_\_ 6

Investigação defensiva e a busca da paridade de armas no processo penal brasileiro  
Gabriel Bulhões \_\_\_\_\_ 7

Audiências de custódia: para além da intervenção verticalizada do Supremo Tribunal Federal.  
Alisson de Lara Romani \_\_\_\_\_ 10

O que restará da presunção de inocência diante das ações declaratórias de constitucionalidade 43 e 44 no STF?  
Guilherme Rodrigues Abrão \_\_\_\_\_ 12

Interpretação jurídica e justiça criminal: a fuga da Constituição  
Agassiz Almeida Filho \_\_\_\_\_ 13

O Pacto São José da Costa Rica, o Projeto de Lei 8.125/2014 e o Estado ditatorial: o Brasil na contramão do humanitarismo após a redemocratização latino-americana  
Lorena Machado do Nascimento \_\_\_\_\_ 15

FERRAJOLI, Luigi - direito e razão: teoria do garantismo penal  
Sérgio Ricardo de Freitas Cruz \_\_\_\_\_ 16

Análise da proporcionalidade da castração química como medida punitiva para crimes de ordem sexual  
Marcela Verdade Costa Amaral \_\_\_\_\_ 18

## | Caderno de Jurisprudência

### JO DIREITO POR QUEM O FAZ

Supremo Tribunal Federal \_\_\_\_\_ 2101  
Supremo Tribunal Federal \_\_\_\_\_ 2102

### JURISPRUDÊNCIA

Supremo Tribunal Federal \_\_\_\_\_ 2104  
Superior Tribunal de Justiça \_\_\_\_\_ 2106  
Tribunal Regional Federal da 3ª Região \_\_\_\_\_ 2107  
Tribunais de Justiça \_\_\_\_\_ 2108

# A inconstitucionalidade da condução coercitiva

Thiago Bottino

A condução coercitiva de suspeitos, investigados os acusados em procedimentos criminais está prevista no Código de Processo Penal (CPP), com a seguinte redação: “Art. 260. Se o acusado não atender à intimação para o interrogatório; reconhecimento ou qualquer outro ato que, sem ele, não possa ser realizado, a autoridade poderá mandar conduzi-lo à sua presença”.

Trata-se de um dispositivo constante da redação original do CPP, datado de 1941, e que não é compatível com o tratamento que a Constituição conferiu ao direito de autodefesa do indivíduo: “Art. 5º, inc. LXIII - o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado”.

Com efeito, outros dispositivos do CPP, já revogados, tratavam o interrogatório como um ato obrigatório e permitiam que o exercício do direito ao silêncio fosse interpretado em desfavor do interrogado. A comparação entre a redação original e a atual do art. 186, do CPP é ilustrativa dessa mudança:

Redação original	Redação atual (dada pela Lei nº 10.792/2003)
Art. 186. Antes de iniciar o interrogatório, o juiz observará ao réu que, embora não esteja obrigado a responder às perguntas que lhe forem formuladas, o seu silêncio poderá ser interpretado em prejuízo da própria defesa.	Art. 186. Depois de devidamente qualificado e cientificado do inteiro teor da acusação, o acusado será informado pelo juiz, antes de iniciar o interrogatório, do seu direito de permanecer calado e de não responder perguntas que lhe forem formuladas.  Parágrafo único. O silêncio, que não importará em confissão, não poderá ser interpretado em prejuízo da defesa. <sup>(1)</sup>

2

Todos os cidadãos têm a obrigação de colaborar com a justiça durante uma investigação de natureza penal. Caso mintam, omitam ou se calem serão processados e punidos por falso testemunho (art. 342, Código Penal). Contudo, essa regra não se aplica ao investigado ou acusado.

Mesmo antes da modificação do CPP, o Supremo Tribunal Federal (STF), já havia realizado a “filtragem constitucional” das normas relativas ao exercício do direito ao silêncio. De acordo com a jurisprudência do STF, o direito ao silêncio:

- Permite que o investigado tenha acesso prévio aos elementos de prova existentes na investigação<sup>(2)</sup>.
- Permite que o réu não compareça na audiência de instrução criminal.<sup>(3)</sup>
- Permite que o réu se recuse a participar em diligência de reconstituição do crime,<sup>(4)</sup> se recuse a fornecer material para exame grafotécnico<sup>(5)</sup> ou para exame de confronto de voz.<sup>(6)</sup>
- Permite que o réu negue falsamente a prática do crime.<sup>(7)</sup>
- A recusa em responder perguntas não configura crime de desobediência,<sup>(8)</sup> não justifica um aumento da pena<sup>(9)</sup> e nem a imposição de regime mais gravoso de execução.<sup>(10)</sup>

Ora, podendo o indivíduo calar-se e não responder perguntas, o uso de força ou de intimidação mediante privação de liberdade durante a colheita do depoimento são incompatíveis com o exercício do silêncio como meio de defesa. Uma vez intimado para o ato de interrogatório, o indivíduo comparece se quiser. Não comparecendo, demonstra seu desinteresse no exercício da autodefesa. Trata-se de um direito de dar sua versão dos fatos. Um direito que o acusado exerce se quiser.

A inconstitucionalidade do art. 260, CPP, foi arguida perante o STF pelo Partido dos Trabalhadores (PT), por meio da ADPF nº 395 em abril de 2016. E posteriormente pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (CFOAB), por meio da ADPF nº 444, em março de 2017. Os argumentos de ambas as ações são no sentido de que a condução coercitiva para colheita de depoimento é incompatível com o direito ao silêncio garantido na Constituição.

Em seu parecer nos autos da ADPF nº 395, o Ministério Público Federal (MPF) defendeu a constitucionalidade da condução coercitiva por meio de 4 argumentos: (1) que a condução coercitiva não é uma forma de prisão e não seria incompatível com a obtenção de depoimentos; (2) que a condução coercitiva serve para identificar o investigado no caso de eventual homonímia; (3) ou para assegurar a eficácia de outras medidas (como uma busca e apreensão); (4) ou para impedir que os investigados estabeleçam uma versão concertada sobre fatos.

Relativamente ao primeiro argumento, não há espaço para autoengano. Assim como nas prisões, a condução coercitiva possui as características de privação de liberdade, emprego de força para deslocamento forçado do indivíduo e submissão do indivíduo aos agentes públicos, impedindo sua liberdade de locomoção até que seja realizado o ato de interrogatório. Não é o tempo de duração da restrição de liberdade que é determinante para tornar essa medida inconstitucional, mas o emprego de força física, a intimidação e a coação psicológica que tornam a condução coercitiva incompatível com o ato processual de colheita do depoimento do investigado ou acusado. A privação de liberdade, ainda que provisória, cria um ambiente de intimidação e um estado psicológico no qual o exercício do direito ao silêncio é propositalmente dificultado.

O segundo argumento é igualmente dissociado da realidade. Não é crível que com todos os meios de controle e identificação que o Estado tem à sua disposição, a única forma de identificar uma pessoa seja por meio de uma condução coercitiva. Se a motivação da condução coercitiva fosse, realmente, a necessidade de esclarecimento sobre a identidade, a medida esgotar-se-ia com a identificação, não se procedendo a nenhuma espécie de interrogatório.

Já no que tange ao terceiro argumento, a medida defendida pelo MPF mostra-se desproporcional e inadequada. Se houver qualquer ação do investigado ou acusado que impeça a realização da coleta de provas, cabe aos agentes policiais decretarem a prisão em flagrante do indivíduo pelo crime de resistência, mas não se pode presumir que todos os investigados se oporão à ação de policiais armados durante uma busca e apreensão. E, se fosse essa a real finalidade, tampouco haveria razão para interrogar-se o indivíduo.

Por fim, parece que a real motivação da defesa, pelo MPF, da condução coercitiva é o quarto e último argumento: criar uma situação na qual o exercício do direito ao silêncio (o qual abrange o direito dos investigados de discutir entre si suas teses de defesa) é propositalmente dificultado. Contudo, a proibição de contato dos investigados entre si não está expressa na lei e nem consta da exposição de motivos do PL 4.208/2001,<sup>(11)</sup> que originou a Lei 12.403/2011. A lei somente autoriza que o juiz proíba o investigado de contatar a vítima ou testemunhas.

Embora a condução coercitiva não implique na obrigação legal do investigado falar em seu interrogatório, o fato é que ela dificulta o exercício do direito ao silêncio. A declaração de inconstitucionalidade da condução coercitiva para interrogatório não impede ninguém de confessar um crime nem de colaborar com a acusação, caso queira. Impede, porém, que aquele que não deseja confessar ou cooperar seja prejudicado pelo meio empregado, que envolve intimidação e compulsão para autoincriminação.

O emprego de força policial, condução para local desconhecido, a restrição momentânea da liberdade, a dificuldade de entrevista prévia e reservada com advogado para discutir os elementos existentes nos autos tem como finalidade fragilizar o interrogado psicologicamente e assim tornar mais fácil a obtenção da prova autoincriminatória. Essas as razões da inconstitucionalidade da condução coercitiva de suspeitos, investigados ou acusados para realização de interrogatório.

## Notas

- (1) A Lei nº 11.689/2008, que alterou o rito do Tribunal do Júri, também trouxe dispositivo expresso para assegurar que o exercício desse direito não pudesse prejudicar o acusado: Art. 478. Durante os debates as partes não poderão, sob pena de nulidade, fazer referências (...) II – ao silêncio do acusado ou à ausência de interrogatório por falta de requerimento, em seu prejuízo.
- (2) HC 82.354/PR. 1ª Turma. 10/08/2004. Relator Min. Sepúlveda Pertence. No mesmo sentido, tratando sobre investigação direta realizada pelo Ministério Público: HC nº 94.173/BA. 2ª Turma. 27/10/2009. Relator Min. Celso de Mello.
- (3) RHC nº 109.978/DF. 1ª Turma. 18/06/2013. Relator Min. Luiz Fux.
- (4) HC nº 69.026-2/DF. 1ª Turma. 10/12/1991. Relator Min. Celso de Mello.
- (5) HC nº 77.135-8/SP. 1ª Turma. 08/09/1998. Relator Min. Ilmar Galvão.

- (6) HC nº 83.096-0/RJ. 2ª Turma. 14/06/2005. Relator Min. Ellen Gracie.
- (7) HC nº 68.742-3/DF. Pleno. 26/06/1991. Relator para o acórdão Min. Ilmar Galvão. Sucessivos: HC nº 72.815-4/MS. 1ª Turma. 05/09/1995. Relator Min. Moreira Alves e HC nº 79.781-4/SP. 1ª Turma. 18/04/2000. Relator Min. Sepúlveda Pertence.
- (8) HC nº 75.257-8/RJ. 1ª Turma. 17/06/1997. Rel. Min. Moreira Alves.
- (9) HC nº 68.742-3/DF. Pleno. 26/06/1991. Relator para o acórdão Min. Ilmar Galvão e HC nº 72.815-4/MS. 1ª Turma. 05/09/1995. Relator Min. Moreira Alves.
- (10) HC nº 80.616-3/SP. 2ª Turma. 18/09/2001. Relator Min. Marco Aurélio.
- (11) Disponível em: <[http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra;jsessionid=D5C7A1EC8967D1F0AC05A080F8DB3CAC.proposicoesWebExterno1?codteor=401942&filename=PL+4208/2001](http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=D5C7A1EC8967D1F0AC05A080F8DB3CAC.proposicoesWebExterno1?codteor=401942&filename=PL+4208/2001)>. Acesso em: 28 abr. 2017.

**Thiago Bottino**

Pós-doutor pela *Columbia Law School*.

Doutor e mestre em Direito pela PUC-RJ.

Professor de Direito da FGV-RJ e da Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro (UNIRIO).

# Ilicitude probatória e ponderação judicial. A perspectiva do processo penal internacional

*Marcos Zilli*

A ilegalidade probatória é um dos vários temas que transcende as fronteiras dos ordenamentos jurídicos, o que, em boa parte, deve ser creditado à influência do modelo norte-americano. Mas, mesmo o efeito irradiador daquele sistema não foi capaz de fixar padrões uniformes de tratamento, remanescendo muitas divergências conceituais e regulatórias sobre os efeitos processuais da prova ilícitamente obtida. No caso brasileiro, por exemplo, uma desastrosa iniciativa legislativa atropelou a distinção, que já estava bastante consolidada na doutrina e na jurisprudência, entre as provas ilícitas e ilegítimas.<sup>(1)</sup> Houve ainda uma frustrada tentativa de se fixarem marcos normativos sobre a ilicitude por derivação, em desconsideração ao debate que amadurecia nos tribunais. Neste ponto, a confusão entre a fonte independente e a descoberta inevitável revela a má compreensão construída em torno do sistema que lhe deu inspiração.<sup>(2)</sup>

O fato é que as diversidades entre as fórmulas jurídicas nacionais são naturais, especialmente em tema que, por natureza, é fonte permanente de debate. As soluções traduzem contextos histórico-culturais, os quais se sujeitam ainda à variação do humor político. De qualquer modo, as arestas entre os diferentes ordenamentos jurídicos revelam o quanto é difícil estabelecer parâmetros uniformes que possam revelar pautas de consenso mínimas sobre problemas jurídicos e suas respectivas soluções. Essa é uma questão candente no processo penal internacional.

A problemática da prova ilegalmente obtida não escapou do foco de preocupação do Estatuto de Roma, conforme revela a redação dada ao art. 69.7 daquele diploma. A leitura do dispositivo aponta para duas etapas distintas de enfrentamento. A primeira envolve o exame de legalidade. Ou seja, a inobservância das disposições estatutárias, ou mesmo do direito internacional dos direitos humanos, conduz à afirmação da ilegalidade da prova, abrindo espaço para a oposição do selo de sua inadmissibilidade processual. Esse efeito, contudo, não é automático. Na verdade, a desconsideração da prova ilegal somente ocorre quando existir substancial dúvida em torno da confiabilidade do resultado probatório; quando a admissão daquela prova implicar comprometimento do padrão ético do processo ou ainda quando a sua admissão puder comprometer a integridade do processo.<sup>(3)</sup>

O sistema estabelecido pelo Estatuto de Roma é relativamente aberto. A estratégia foi proposital. É que as inúmeras divergências em torno de uma fórmula legislativa, precisa e fechada, levaram à opção pela alternativa da integração jurisprudencial. Considerando as peculiaridades de um modelo internacional que se buscava construir, a solução foi, de fato, a mais adequada. De um lado, porque o consenso em torno de uma pauta conceitual normativa mais específica por parte dos Estados seria difícil e desgastante. De outro, porque é a casuística, com a sua imensa multiplicidade, que melhor fornecerá os elementos a guiar o direcionamento do Tribunal na construção do parâmetro internacional da inadmissibilidade probatória. Houve, portanto, um voto de confiança na discricionariedade judicial. Esta, contudo, não é ampla. Há claros limites impostos pelo legislador. Com efeito, no enfrentamento sobre a legalidade probatória, é vedado aos juízes exararem apreciações sobre o Direito nacional.<sup>(4)</sup>

A proibição dada pelo art. 69.8 do Estatuto descortina o que parece ser óbvio: a separação entre as esferas jurídicas doméstica e internacional. De fato, o processo penal internacional registra uma matriz principiológica que não se confunde com aquelas encontradas nas persecuções domésticas. Afinal, trata-se de instrumento que viabiliza a satisfação de um poder punitivo de abrangência internacional, o qual resulta da convergência das vontades soberanas de vários Estados. É, portanto, produto de um consenso internacional sobre uma pauta persecutória comum. Absorve aspectos de diferentes culturas processuais, não se encerrando em um único modelo ou ordenamento. Nesse contexto, a direttriz sobre a legalidade probatória não poderia ficar jungida ao que dispõe a normativa interna. Essa foi uma preocupação candente quando dos trabalhos de elaboração do Estatuto. Havia receio de que o enfrentamento da admissibilidade das provas ilegais fosse pautado por análises dos ordenamentos nacionais, o que seria uma distorção em um processo penal verdadeiramente internacional.

O fato é que todas essas questões ganharam novo colorido em recente decisão proferida pela Câmara de Apelações do Tribunal Penal Internacional.<sup>(5)</sup> O julgamento envolveu o recurso interposto por diversos

rés que tinham sido condenados, em primeiro grau, por crimes contra a administração da Justiça.<sup>(6)</sup> A situação exige maiores esclarecimentos.

Jean-Pierre Bemba, político congolês, foi processado e condenado pela prática de vários crimes de guerra e contra a humanidade cometidos durante o período em que esteve à frente do *Movimento de Liberação do Congo*, grupo militar rebelde que, durante muito tempo, lutou contra o governo daquele país. No curso daquele processo, as investigações conduzidas pela Promotoria revelaram que Bemba, em conjunto com os seus advogados – Aimé Kilolo Musamba e Jean-Jacques Magenda –, teria subornado e orientado testemunhas visando à obtenção de depoimentos falsos em seu favor. A trama contou ainda com o envolvimento de outras duas pessoas: Fidèle Babala e Narcisse Arido. O primeiro, na condição de parlamentar no Congresso Nacional da República Democrática do Congo, teria sido o responsável pela administração dos recursos financeiros de Bemba. Nessa condição, transferiu valores os quais foram repassados às testemunhas. Arido, por sua vez, além de recrutar quatro testemunhas, orientou-as, pormenorizando os relatos que estas deveriam prestar, substancialmente favoráveis ao acusado.

No curso das investigações, a Promotoria do Tribunal, em contato direto com a diretoria de segurança do *Western Union Bank*, com sede em Viena, Áustria, obteve uma planilha que continha informações cadastrais e financeiras de diversas pessoas. Somente após o acesso ao conteúdo daqueles documentos é que a Promotoria apresentou três pedidos de cooperação às autoridades austríacas. Em respostas, a Promotoria obteve as cópias dos dados financeiros de mais de sessenta pessoas, dentre as quais figuravam algumas testemunhas arroladas pela defesa, além dos próprios advogados de Bemba. Os dados foram cruzados e estudados, fundamentando, assim, o pedido de cooperação às autoridades holandesas, visando à interceptação das conversas telefônicas mantidas por Kilolo e Magenda. Além disso, sustentaram o pedido dirigido ao próprio Tribunal para acesso ao conteúdo das gravações das conversas telefônicas do aparelho celular que Bemba usava em sua prisão. As gravações, mantidas em sigilo pelo Tribunal, eram providência comum e fundadas na necessidade de preservação da segurança do detido e do estabelecimento.

Os resultados das investigações alicerçaram o oferecimento da acusação contra os então investigados. Ao longo do processo, buscaram, em vão, a exclusão daquelas provas. Nos recursos contra as condenações reiteraram, em preliminar, aqueles pleitos. Relativamente à obtenção dos dados financeiros, alegaram que o acesso inicial pela Promotoria não teria observado o caminho da cooperação, evidenciando, dessa forma, uma ingerência indevida na esfera da privacidade dos réus. Invocaram, igualmente, o desrespeito ao princípio da proporcionalidade, o qual se manifestou pela quantidade injustificada de dados obtidos, assim como pela amplitude temporal de cobertura da medida. A ilegalidade dos meios empregados seria, portanto, notória, o que, inclusive, fora reconhecido pelas autoridades nacionais austríacas. Segundo os réus, a mesma solução deveria ser dada pelo Tribunal

A legalidade da interceptação das comunicações telefônicas e do acesso ao conteúdo das conversas gravadas de Bemba também foi atacada pelos réus. Nesse ponto, buscaram apoio na teoria dos frutos da árvore envenenada. Assinalaram que os dados relacionados com as comunicações seriam uma decorrência lógica do acesso indevido das informações financeiras e que, portanto, estariam por este contaminados. Além disso, invocaram a inviolabilidade emergente do sigilo profissional, a qual seria impeditiva de qualquer medida que implicasse o acesso ao conteúdo das conversas mantidas entre o réu e os seus defensores.

Os argumentos não sensibilizaram o Tribunal.

Sobre a ilegalidade do acesso às informações financeiras, a Câmara de Apelações reiterou a força cogente emanada da regra prevista pelo art. 69.8 do Estatuto, afastando, assim, a possibilidade de eco, no processo penal internacional, de qualquer decisão proferida pelas jurisdições nacionais.<sup>(7)</sup> Para o Tribunal, a análise da legalidade deve repousar sobre o próprio Estatuto e, em especial, sobre as normas que tratam da cooperação penal. Na identificação dos valores tutelados pelas disposições estatutárias sobre matéria cooperatória, os juízes afirmaram ser a soberania dos Estados –

e não os direitos individuais – o valor prevalente.<sup>(8)</sup> A afirmação é, sem dúvida, polêmica. Afinal, circunscrever os instrumentos cooperatórios aos interesses nacionais é desconsiderar o papel assecutorário que a formalidade procedimental tem na proteção dos direitos individuais. Aliás, a importância dos espaços das liberdades individuais há muito extrapolou o círculo restrito dos interesses nacionais, sendo hoje uma pauta internacional. De qualquer modo, para o Tribunal, a afetação dos interesses do Estado é o elemento chave a dirigir qualquer análise sobre a omissão dos expedientes cooperatórios. No caso específico de Bemba, o Tribunal entendeu ausente qualquer prejuízo. Isso porque, no entendimento dos juízes, as diligências investigatórias preliminares realizadas pela Promotoria eram conhecidas das autoridades austríacas, que já tinham sido notificadas previamente da presença daqueles agentes em seu território, assim como das razões e dos objetivos da missão. Nesse sentido, a ausência de qualquer oposição oportuna foi interpretada como aquiescência às investigações e aos seus procedimentos.

No que se refere à proporcionalidade, o Tribunal reconheceu a presença daquele standard no plano internacional, bem como a sua importância no marco regulatório da ingerência ao direito à privacidade.<sup>(9)</sup> No entanto, o acesso aos dados financeiros das 68 pessoas foi considerado adequado pelo Tribunal, tendo em vista o objeto da investigação, qual seja, o mapeamento de transferências bancárias em favor das testemunhas arroladas pela defesa.<sup>(10)</sup> Com relação ao marco temporal de abrangência da medida, muito embora o Tribunal não tenha identificado justificativa razoável para o acesso das movimentações financeiras em período anterior à instauração do processo principal, entendeu que a questão ficou ao final prejudicada já que aqueles dados não foram usados como prova no processo em que os réus foram acusados pelos crimes contra a administração da justiça.

Assim, uma vez afirmada a legalidade da obtenção dos dados financeiros, a aplicação da teoria dos frutos da árvore envenenada em relação à interceptação das conversas telefônicas ficou igualmente prejudicada. Já quanto à alegação de violação de sigilo profissional, muito embora o Tribunal tenha reconhecido emergente a imunidade, afastou o seu caráter absoluto, especialmente quando invocada para o acobertamento de conversas voltadas à execução de práticas delituosas.<sup>(11)</sup> Por outro lado, o Tribunal destacou as cautelas adotadas durante a execução daquela medida, as quais demonstrariam a preocupação com a proteção de dados sensíveis da comunicação. Nesse sentido, muito embora à Promotoria assistisse o poder de dirigir o pedido de cooperação diretamente às autoridades nacionais, a opção por sua apresentação ao Tribunal, primeiramente, foi um indicativo claro da redobrada cautela que orientou a atividade investigatória. Assim, somente após a autorização dada pelo Tribunal é que a Promotoria encaminhou o requerimento de cooperação à apreciação e deliberação das autoridades nacionais holandesas.<sup>(12)</sup> Houve, portanto, um duplo exame que não estava imposto pelas regras estatutárias. Ainda que assim não fosse, o Tribunal tomou a cautela de nomear um advogado a quem foi incumbida a missão de filtragem das conversas interceptadas. Ou seja, somente o conteúdo das conversas relacionadas com o suborno é que foi repassado à Promotoria. Aquelas relacionadas com o exercício profissional estrito da defesa permaneceram cercadas pelo sigilo.

Com relação ao acesso ao conteúdo das conversas gravadas do aparelho usado por Bemba em sua prisão, o Tribunal entendeu inexistente qualquer afetação do direito à privacidade. Nesse sentido, destacou a proeminência dos valores da segurança a justificar a gravação que, de qualquer modo, não atingia as conversas reservadas entre presos e os seus advogados, diplomatas e representantes consulares.<sup>(13)</sup> Além disso, o Tribunal chamou especial atenção para o fato de que o próprio acusado tinha ciência da possibilidade da gravação, o que lhe fora informado quando de sua detenção. Dessa forma, a questão sensível não residiria na gravação em si, mas sim na ampliação do círculo de pessoas que teriam acesso ao conteúdo das conversas. Nesse ponto, o Tribunal considerou justificado o acesso pela Promotoria. É que as informações até então apuradas apontavam para o envolvimento do acusado no aliciamento e orientação de testemunhas para a sua defesa sendo, pois, importante a confirmação daquelas ações.

De todo o exposto emergem algumas conclusões importantes.

A inadmissibilidade processual das provas ilegalmente obtidas envolve um juízo de ponderação. Por vezes, a ponderação é assumida pelo próprio legislador que indica os critérios fechados de solução. É um modelo hermético-normativo. Aqui insere-se o exemplo do caso brasileiro. De fato, o modelo nacional, além de optar pela regra da inadmissibilidade processual das provas ilícitas, inseriu-a no plano constitucional e no altar dos direitos e das garantias fundamentais. Trata-se, portanto, de uma afirmação categórica que, aparentemente, não deixa margem para a apreciação judicial. Se, por um lado, a fórmula fechada fornece segurança na indicação dos critérios e na direção da solução, por outro, pode ser fonte de frustrações quando o alvo envolver o aperfeiçoamento do justo e do razoável. Isso se dá especialmente nas situações extremas, que sempre testam os limites das fórmulas herméticas.

Em um polo oposto, encontramos o sistema aberto ou da ponderação judicial. É o exemplo norte-americano. As *exclusionary rules*, como assim são chamadas, resultaram da atividade criadora e integradora da jurisprudência. Se, por um lado, o modelo guarda o mérito de propiciar uma adequação mais cirúrgica do justo e do razoável frente à singularidade dos casos, por outro, deixa aberta a possibilidade de mutabilidade contínua de seus critérios. Há, portanto o risco da insegurança jurídica. Esse risco será tão maior quanto menor for o consenso entre os operadores jurídicos sobre os valores a merecer proteção no tema da ilegalidade probatória. No caso norte-americano, a questão há décadas segue a mesma trajetória, o que indica o grau de estabilidade que ali se atingiu.

Há, por fim, o modelo misto. Este guarda múltiplas possibilidades de configuração. Uma delas supõe a adoção, pelo legislador, de critérios gerais sobre a inadmissibilidade processual das provas ilegalmente obtidas, os quais seriam complementados pelo julgador à luz da singularidade dos casos. Há, portanto, um compartilhamento do juízo de ponderação. É o modelo abraçado pelo Estatuto de Roma. Mas, no caso específico do processo penal internacional, a indicação dos padrões pelo legislador não limitou o espaço da discricionariedade judicial. Esse, sem dúvida, é um ponto sensível daquele sistema. Afinal, o abalo ao padrão ético do processo ou à integridade dos procedimentos são expressões que podem abrigar as mais diferentes considerações. Se se entender, por exemplo, que a vulnerabilidade repousa na figura do acusado, uma leitura rigorosa dos direitos e garantias processuais poderá conduzir a uma maior intolerância dos desmandos na obtenção da prova. Por outro lado, se se entender que a vulnerabilidade se prende às vítimas dos crimes mais graves que afetam a humanidade, por certo o grau de tolerância em relação às provas ilícitas será mais alto. Ao menos no mais recente julgamento do Tribunal, o modelo desenhado não foi posto à prova em sua plenitude, o que acentua as expectativas. Resta-nos aguardar, na esperança de que o legado protetivo dos direitos humanos direcione as futuras soluções.

## Notas

- (1) Na esteira do raciocínio desenvolvido por Nuvolone (Le prove vietate nel processo penale nei paesi di diritto latino. *Rivista Diritto Processuale*, Padova, v. XXI, p. 442-475, 1966), coube à Ada Pellegrini, no Brasil, a disseminação – e consequente consagração – da distinção entre as provas ilícitas e ilegítimas (PELLEGRINI, Ada. *Liberdades públicas e processo penal: as interceptações telefônicas*. 2. ed. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982).

- (2) Com efeito, para além da aparente equiparação dos efeitos processuais entre ilegitimidade e ilicitude, a nova redação dada ao art. 157 do CPP aproximou as hipóteses da fonte independente e da descoberta inevitável, afastando a situação do modelo que lhe deu inspiração.
- (3) É o que dispõe o art. 69.7 do Estatuto de Roma: 7. Não serão admissíveis as provas obtidas com violação do presente Estatuto ou das normas de direitos humanos internacionalmente reconhecidas quando: a) Essa violação suscite sérias dúvidas sobre a fiabilidade das provas; ou b) A sua admissão atente contra a integridade do processo ou resulte em grave prejuízo deste”.
- (4) Conforme dispõe o art. 69.8 do Estatuto de Roma: “...O Tribunal, ao decidir sobre a relevância ou admissibilidade das provas apresentadas por um Estado, não poderá pronunciar-se sobre a aplicação do direito interno desse Estado”.
- (5) ICC-01/05-01/13-2275-Red. Judgment on the appeals of Mr. Jean-Pierre Bemba Gombo, Mr. Aimé Kilolo Musamba, Mr. Jean-Jacques Magenda Kabongo, Mr. Fidèle Babala Wandu and Mr. Narcisse Arido against the decision of Trial Chamber VII entitled ‘Judgment pursuant to article 74 of the Statute’”, datado de 08 de março de 2018. Disponível em: <<https://www.icc-cpi.int/Pages/record.aspx?docNo=ICC-01/05-01/13-2275-Red>>. Acesso em: 12 mar. 2018.
- (6) Condutas previstas pelo art. 70 do Estatuto de Roma.
- (7) Nesse ponto, a decisão da Câmara de Apelações contrariou a decisão proferida pela Câmara de Julgamento, que admitiu a possibilidade de reconhecimento da ilegalidade no plano internacional, por força de violação de lei interna nas hipóteses de “ilegalidade manifesta”. Para a Câmara de Apelações, além da imprecisão conceitual emergente da expressão “ilegalidade manifesta”, o raciocínio contrariaria a própria vedação dada pelo art. 69(8) do Estatuto, que proscreve a possibilidade de qualquer apreciação sobre o Direito nacional. (ICC-01/05-01/13-2275-Red., parágrafo 296).
- (8) Indeed, the Appeals Chamber considers that Part 9 protects the sovereign competences of States within their territories while ensuring, at the same time, certain mandatory forms of cooperation, which the Court is entitled to request”. (ICC-01/05-01/13-2275-Red., parágrafo 319).
- (9) Aqui fez expressa referência ao caso Khoroshenko v. Rússia, julgado pela Corte Europeia de Direitos Humanos em 30.06.2015. Nesse sentido: ICC-01/05-01/13-2275-Red., parágrafo 331.
- (10) “In light of this and taking into account the nature of the information concerned, the Appeals Chamber is of the view that the Western Union Records requested and obtained in relation to the financial transactions of these 68 individuals, as identified in the Prosecutor’s requests for assistance, was proportionate to the investigative needs on the part of the Prosecutor”. (ICC-01/05-01/13-2275-Red., parágrafo 336).
- (11) A reserva de sigilo das comunicações entre o advogado e o defensor foi assegurada pela regra 73(1) da Rule of Procedures and Evidence. A redação do dispositivo é diferente daquela que o inspirou e que estava prevista em documento semelhante do Tribunal da Ex-Iugoslávia (ICTY). Durante as discussões que cercaram a elaboração do marco jurídico do Tribunal Penal Internacional, entendeu-se que o resguardo do privilégio profissional, tal como previsto para o ICTY, era muito amplo, razão pela qual destacou-se, na regra 73(1), que somente as comunicações realizadas no contexto de relação profissional é que estariam asseguradas pelo manto protetivo do sigilo; o que afastaria, portanto, aquelas conversas dirigidas à prática de novos ilícitos, porquanto fora do contexto profissional.
- (12) Conforme dispõe o art. 54(3) do Estatuto de Roma.
- (13) A providência, aliás, encontra amparo no art. 174(1) do Regulamento da Secretaria do Tribunal Penal Internacional, assim redigido: “Regulation 174. Passive monitoring of telephone calls 1. All telephone conversations of detained persons shall be passively monitored, other than those with counsel, diplomatic or consular representatives, representatives of the independent inspecting authority, or officers of the Court”.

Marcos Zilli

Professor de Direito da Universidade de São Paulo.



DIRETORIA DA GESTÃO 2017/2018

### DIRETORIA EXECUTIVA

Presidente: Cristiano Avila Maronna  
1º Vice-Presidente: Thiago Bottino do Amaral  
2º Vice-Presidente: Eleonora Rangel Nacif  
1º Secretário: Renato Stanzola Vieira  
2º Secretário: Roberto Luiz Corcioli Filho  
1º Tesoureiro: Edson Luis Baldan  
2º Tesoureiro: Bruno Shimizu  
Assessora da presidência: Jacqueline Sinhoretto  
Diretora Nacional das Coordenadorias Regionais e Estaduais:  
Carla Silene Cardoso Lisboa Bernardo Gomes

### CONSELHO CONSULTIVO

PRESIDENTE  
Andre Pires de Andrade Kehdi  
MEMBROS  
Carlos Alberto Pires Mendes  
Helios Alejandro Nogués Moyano  
Mariângela Gama de Magalhães Gomes  
Sérgio Salomão Shecaira

### OUIDOR

Rogério Fernando Taffarello

# Congresso Nacional e ameaça ao regime progressivo

Luiz Guilherme Mendes de Paiva e Vivian Calderoni

A relação entre o Direito Penal e a busca por dividendos eleitorais não é novidade. Em várias partes do mundo, a pena de prisão tem apelo político diante da crença generalizada de que adotar uma pauta punitiva satisfará uma (grande) parte do eleitorado.<sup>(1)</sup> Como se sabe, tal crença não está ancorada em qualquer avaliação de efetividade da prisão como instrumento de controle do crime. Ao contrário, no caso brasileiro, especialmente, em que a criminalidade atinge taxas alarmantes e crescentes<sup>(2)</sup> e a articulação entre aqueles que estão dentro das prisões e fora é inegável,<sup>(3)</sup> sugerir mais encarceramento deveria ser visto como dar passos largos em direção ao abismo.

O populismo penal pode ser definido como o ato de propor e executar políticas penais com o objetivo de ganhar dividendos eleitorais, em vez de buscar reduzir o crime ou promover justiça – ou, mesmo, antes de qualquer consideração sobre sua eficiência ou utilidade prática.<sup>(4)</sup> Em outras palavras: não importa que todos saibam que não vai dar certo: as respostas políticas às crises (reais ou fabricadas) serão sempre punitivas.

Tal circunstância se apresenta de forma cada vez mais escancarada no atual Congresso Nacional brasileiro. A fragilidade política do governo e a credibilidade parlamentar em seus níveis históricos mais baixos combinam-se para impor, em ano eleitoral, a inexorável pauta punitiva. Agora, com um tempero a mais: a intervenção federal parcial, que outorgou ao Exército o controle da segurança pública no Estado do Rio de Janeiro, foi a deixa para a dramatização do discurso político e a apresentação, às pressas, de uma “pauta emergencial de segurança pública”. Nela, um apanhado de projetos de lei que já tramitavam na Câmara e no Senado poderão gozar de tramitação acelerada, poucos debates e muitos minutos nos telejornais.

Naturalmente, boa parte desses projetos tem por objetivo alterar o sistema de cumprimento de penas, dificultando a concessão de saídas temporárias ou livramento condicional, e ampliando os prazos para a progressão de regime – ou mesmo determinando o cumprimento em regime integral fechado.

Vejam as justificativas apresentadas pelos autores de tais projetos. Na PEC 28/2015,<sup>(5)</sup> que prevê o regime integral fechado para condenados por crimes hediondos, o Dep. Alberto Fraga (DEM/DF) alega que “a possibilidade de progressão de regime de cumprimento de pena torna muitíssimo brando o tratamento dispensado aos perversos delinquentes que cometem crimes com requintes de crueldade (...). Os marginais, autores de crimes bárbaros logo conseguem privilégios, voltam às ruas muito antes de cumprir as penas que lhes foram impostas e passam novamente a cometer delitos graves, que aterrorizam as pessoas de bem”. Já no PLC 146/2017<sup>(6)</sup>, já aprovado na Câmara, o autor Dep. Cláudio Cajado (DEM/BA) quer reduzir o escopo das saídas temporárias, pois o benefício penal “tem tornado a sociedade refém da violência de apenados que estão beneficiados pelo instituto da saída temporária também conhecida como ‘Saidão’”.

Descontados os preconceitos e generalizações, e com mais ou menos refinamento, vários projetos de lei em trâmite no Congresso compartilham com justificativas como essas o questionamento do senso comum ao sistema de penas, em geral, e ao sistema progressivo, em particular. Não é de se surpreender: o sistema penal projetado, como estratégia de legitimação, a ideia de que a punição é a melhor estratégia contra o crime;<sup>(7)</sup> ao mesmo tempo, o exercício dessa legitimação é basicamente comunicacional: ela gera tanto a demanda social quanto apresenta a resposta punitiva desejada – seja política ou judicial.

Nesse contexto, como explicar para o grande público que a pena de prisão é a melhor forma de combater o crime, mas que a pessoa

condenada não permanecerá presa durante todo o tempo determinado na condenação? Como legitimar o superencarceramento, desumanizando a pessoa presa e, simultaneamente, tolerar que ela saia do cárcere em datas comemorativas? Em sociedades que ainda atribuem à pena funções de recomposição social, a tarefa pode ser menos complicada. Mas por aqui trata-se de uma tarefa inglória.

Supondo-se que o assunto pudesse ser discutido a sério no Congresso Nacional Brasileiro: quais são os fundamentos teóricos do sistema de penas, e quais os motivos pelos quais a legislação do país adotou o sistema progressivo?

A progressão de regime deita suas origens teóricas na atribuição do papel ressocializador da pena de prisão. A Lei de Execução Penal, tanto em sua exposição de motivos como em seu art. 1º, aponta como uma de suas orientações estruturantes “a busca pela ressocialização do apenado”, ou, ainda, o papel de “reincorporação do autor à comunidade”.<sup>(8)</sup> De fato, o legislador de 1984 incorporou a ideia de que o papel da execução da pena é “ensejar ao condenado condições ambientais para reconstrução (no mais das vezes será a construção primeira) de sua cidadania. Para tanto, imprescindível seja ele agente dessa experiência ou, mais tecnicamente, seja ele sujeito ativo de direitos e obrigações”.<sup>(9)</sup>

Com esse pano de fundo, se a sentença condenatória é a manifestação estatal da censura pelo comportamento ilícito, a execução da pena, como política pública, tem o compromisso legal de estabelecer-se como um percurso tendente à sua desnecessidade. Daí o cumprimento em etapas progressivas (e regressivas), sendo “a elevação de regime prisional (...) momento de grande relevância no processo de execução penal, para ela convergindo o seu princípio de caminhar permanente”.<sup>(10)</sup> Em outras palavras, para atingir esses fins, os limites do regime fechado não conduzem ao objetivo que a lei reservou para o processo de execução.

Há de se notar que a subsunção do regime prisional ao sistema progressivo não decorre tão-somente dos comandos da Lei de Execução Penal. Como se sabe, a redação original da Lei dos Crimes Hediondos (Lei 8.072/90) previa o cumprimento de pena em regime integralmente fechado para os condenados por crimes nela definidos. Em 2006, o Supremo Tribunal Federal decidiu pela inconstitucionalidade da lei nesse ponto:<sup>(11)</sup> para o Tribunal, a garantia constitucional da individualização da pena seria inócua caso o legislador ordinário pudesse excluir a progressividade no momento da execução penal.<sup>(12)</sup> Assim, é importante notar que nem mesmo uma emenda constitucional seria capaz de reverter a opção do constituinte originário e impedir a progressão de regime, como quer a supracitada PEC 28/2015, por tratar-se de cláusula pétreia.

Não faltam argumentos jurídicos e criminológicos para contestar as propostas de limitação à progressão de regime de cumprimento de pena. Mas, se não fosse suficiente, um honesto exame da realidade do sistema carcerário brasileiro e dos efeitos catastróficos que seriam causados pelo recrudescimento do sistema progressivo deveria ser capaz de dissuadir os legisladores bem intencionados.

Em 2016, os indicadores de ocupação do sistema penitenciário brasileiro mostravam que 726.712 pessoas estavam encarceradas.<sup>(13)</sup> Isso representa um aumento de 203% em quatorze anos, e de 329% em vinte anos.<sup>(14)</sup> O superencarceramento – ou a porcentagem em que a ocupação total supera a capacidade nominal do sistema – chega a 197%.<sup>(15)</sup> Apenas três delitos são responsáveis pela prisão de dois terços das pessoas presas: furto, roubo e tráfico ilícito de entorpecentes. É um cenário desolador, de desrespeito a garantias básicas das pessoas submetidas à custódia estatal, em que os pressupostos da Lei de Execução Penal não têm qualquer possibilidade de ser sequer buscados.

E mesmo que os argumentos baseados nos direitos individuais das pessoas presas não sensibilizem, o fato é que a *perene emergência* do sistema carcerário brasileiro foi a raiz do que é, hoje, o fantasma que assombra as agências de segurança pública no país: o agenciamento da criminalidade urbana – e, cada vez mais, as redes de mercados ilegais de armas e drogas – por meio das estruturas de recrutamento e organização surgidas e operadas de dentro das cadeias.<sup>(16)</sup>

Por tudo isso, ao apresentar o reforço do encarceramento como panaceia para o grave problema de segurança pública no Brasil, parlamentares, políticos em geral – incluindo, lamentavelmente, até mesmo ministros do STF<sup>(17)</sup> – estão buscando comunicar à sociedade que *estão fazendo alguma coisa*. Mas, na verdade, estão agravando a situação. Mais pessoas no sistema prisional brasileiro representarão mais custos, mais violações de direitos e, bem ao contrário do que se promete, mais violência dentro e fora das prisões.

## Notas

- (1) BOTTOMS, Anthony. The philosophy and politics of punishment and sentencing. In: CLARKSON, C.; MORGAN, R. (Eds.). **The politics of sentencing reform**. Oxford: Clarendon Press, 1995. p. 39.
- (2) Fórum Brasileiro de Segurança Pública (FBSP), 11º Anuário de Segurança Pública, 2017.
- (3) DIAS, Camila Nunes. **PCC: hegemonia nas prisões e monopólio da violência**. São Paulo: Saraiva, 2013.
- (4) ROBERTS, Julian V.; ROUGH, Michael J. **Understanding public attitudes to criminal justice**. Oxford: Open University Press, 2005. p. 16.
- (5) Disponível em: <[http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegracao?codteor=1327795&filename=Tramitacao-PEC+28/2015](http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegracao?codteor=1327795&filename=Tramitacao-PEC+28/2015)>.
- (6) Disponível em: <[http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegracao?codteor=971676&filename=PL-3468-2012](http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegracao?codteor=971676&filename=PL-3468-2012)>.
- (7) PIRES, Álvaro. A racionalidade penal moderna, o público e os direitos humanos. **Novos Estudos**, São Paulo, n. 68, p. 43Cebap, 2004.
- (8) TOZI, Thalita A. Sanção. A (re)interpretação do papel da progressão de regime de cumprimento de pena à luz do pensamento de Alessandro Baratta. **Revista Liberdades**, São Paulo, n. 20, p. 85-106, set./dez. 2015. Disponível em: <[http://201.23.85.222/biblioteca/index.asp?codigo\\_sophia=129095](http://201.23.85.222/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=129095)>.
- (9) MARTINS, Sérgio Mazina. Aspectos jurisdicionais da progressão de regime prisional. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, n. 48, p. 07-08, nov. 1996. Disponível em: <[http://201.23.85.222/biblioteca/index.asp?codigo\\_sophia=14121](http://201.23.85.222/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=14121)>.
- (10) Idem, *ibidem*.
- (11) HC 82.959/SP, Rel. Min. Marco Aurélio, Diário da Justiça (DJ) de 01.09.2006.
- (12) IBCCRIM. Crimes hediondos: inconstitucionalidade da proibição do regime progressivo. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, v. 13, n. 161, p. 1, abr. 2006. Disponível em: <[http://201.23.85.222/biblioteca/index.asp?codigo\\_sophia=58175](http://201.23.85.222/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=58175)>.
- (13) DEPEN
- (14) Em 2002, a população carcerária era de 239.345 pessoas. Em 1995, era de 173.104. Fonte: World Prison Brief. Disponível em: <<http://www.prisonstudies.org/country/brazil>>.
- (15) No Amazonas, a taxa de ocupação é de 484%, ou de quase 5 pessoas para cada vaga. Segundo o DEPEN, em apenas dois anos, o déficit de vagas no Brasil passou de 250.318 para 358.663. Disponível em: <<http://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2017-12/populacao-carceraria-do-brasil-sobe-de-622202-para-726712-pessoas>>.
- (16) PIMENTA, Victor Martins. Guerra entre facções é a causa da crise prisional? Justificando, 9.1.2018. Disponível em: <http://justificando.cartacapital.com.br/2018/01/09/guerra-entre-faccoes-e-causa-da-crise-prisional/>.
- (17) Cf. CONJUR. Alexandre de Moraes defende endurecimento para crime graves, 25.2.2018. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-fev-25/alexandre-moraes-defende-endurecimento-crimes-graves>>.

**Luiz Guilherme Mendes de Paiva**

Doutor e mestre em Direito Penal pela USP.

Gestor Público Federal.

Coordenador-chefe do Departamento de Estudos e Projetos Legislativos do IBCCRIM.

**Vivian Calderoni**

Mestre e doutoranda em Criminologia pela USP.

Coordenadora-adjunta do Grupo de

Diálogo Universidade-Cárcere-Comunidade.

# Investigação defensiva e a busca da paridade de armas no processo penal brasileiro

*Gabriel Bulhões*

A investigação defensiva é um tema com poucas análises feitas no Brasil, apesar de ser uma atividade muito desenvolvida em outros recantos do mundo, a exemplo dos modelos adotados na Itália<sup>(1)</sup> e nos Estados Unidos da América.<sup>(2)</sup>

Em síntese, pode-se defini-la como um conjunto de diligências e técnicas de apuração da verdade, com a consequente produção e catalogação de provas, as quais podem estar encadeadas documentalmente em um instrumento único, ou não, em ordem lógica e/ou cronológica, visando resguardar a tutela judicial dos interesses do cidadão, seja na condição de acusado ou de vítima de crimes; incluindo nessa perspectiva as pessoas jurídicas.

No Brasil, existe um potencial ainda desconhecido para utilização prática desse tipo de atividade e, sem embargo, o momento histórico que se enfrenta atualmente faz dessa quadra um momento ideal para que floresçam as condições que permitiram o desenvolvimento do modelo brasileiro de investigação defensiva.

## 1. A busca pela paridade de armas

A paridade de armas no processo penal é uma necessidade democrática, a qual visa o aprimoramento das instituições que compõem o sistema de justiça e a observância concreta de direitos e garantias

fundamentais. Tudo isso porque a Constituição Federal instituiu o sistema processual penal acusatório, com a delimitação de papéis bem definidos e que permitem um equilíbrio pela equidistância da acusação e da defesa ao órgão julgador.

Como elementos constitucionais fundantes da investigação defensiva, temos a salvaguarda dos princípios da igualdade (art. 5º, *caput*, CF), do devido processo legal (art. 5º, LIV, CF), do contraditório e da ampla defesa (art. 5º, LV, CF). Ainda, é possível alegar que a segurança pública é direito e responsabilidade de todos (art. 144, CF).

Além disso, há uma acentuada relevância quanto ao aspecto do controle da legalidade nas persecuções penais, quando se lançam novos olhares sobre a forma de atuar dos agentes estatais, desde os integrantes das forças de segurança pública, passando pelos órgãos ministeriais e desembocando no próprio Judiciário.

Confere-se, assim, maior ressonância aos anseios da advocacia e dos próprios cidadãos que garantem seus direitos através dos seus advogados, pois se oferecem mais condições materiais para o advogado instrumentalizar, do ponto de vista probatório, as suas teses e pleitos.

Contudo, é bem verdade que essa nova forma de atuação profissional da advocacia exige uma mudança significativa de postura e de perspectiva,

a exemplo da maior energia a ser demandada do profissional, que passa a ter uma postura nitidamente mais ativa na defesa dos interesses de seus constituintes.

Há, dessa forma, uma especial finalidade preventiva na investigação defensiva, que serve (i) em alguns momentos, para fomentar a legalidade na atuação dos agentes estatais; e (ii) em outros, para viabilizar as responsabilizações dos eventuais desvios e excessos cometidos por esses mesmos agentes. É importante perceber que a potencialidade da segunda medida acarreta um efeito pedagógico que fomenta a primeira.

Apesar das mencionadas características positivas do uso da investigação defensiva como instrumento de promoção da almejada paridade de armas entre acusação e defesa, dentro do sistema acusatório, não se pode olvidar que se trata de instituto complexo. A análise de complexidade exige o enfrentamento de complicadores por parte de seus teóricos e aplicadores, tendo em vista que as reflexões acerca das implicações morais e éticas devem mapear um plexo de deveres e limitações ao advogado que se propõe a executar a prática investigativa defensiva.

## 2. Teoria geral da investigação defensiva

Uma questão se coloca: quais as espécies de atividades, procedimentos e diligências disponíveis ao advogado no mister de desempenhar com altivez e segurança essa peculiar espécie de investigação?

Pela natureza de atividade privada, a advocacia encontra-se delimitada pelas proibições: constitucionais, legais e administrativas. Além dessas, as únicas limitações que devem ser impostas ao advogado são a *criatividade* e o *orçamento*.

Dessa forma, tudo aquilo que for proibido, seja no próprio texto constitucional, ou em qualquer lei, ou ainda nos atos normativos expedidos pela OAB, está fora da circunscrição do modelo de atuação da investigação defensiva passível de ser implementada no Brasil.

Como exemplo das limitações constitucionais, temos os sigilos telefônico, telemático, fiscal, bancário, de correspondência etc., e ainda a inviolabilidade domiciliar (art. 5º, XI, CF).

No plano legal, além de todas as possibilidades de violação ao direito de outrem,<sup>(3)</sup> ainda deve se considerar as condutas tipificadas penalmente. Ademais, chama-se atenção para o relevante papel do Estatuto da Advocacia e da OAB (EAOAB), a Lei Federal 8.096/1994.

Por fim, temos as determinações normativo-administrativas do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (CFOAB) e suas respectivas seccionais, o Código de Ética e Disciplina da OAB (Resolução 02/2015-CFOAB), bem como demais resoluções, provimentos, instruções normativas, e também o Regulamento Geral do EAOAB.

Afora as *limitações normativas*, que são objetivas e oponíveis genericamente, ainda há limitações de ordem *material* e de ordem *criativa*.

Quanto às limitações materiais, revela-se um aspecto seletivo e, de certa forma, até cruel, quanto às possibilidades de desenvolvimento da investigação defensiva. Não há como olvidar o custo monetário inerente às medidas e diligências necessárias a uma investigação defensiva, sendo certo que existem várias ferramentas de baixo custo, enquanto outras são extremamente custosas, como a contratação dos serviços de detetive particular e a consulta a bancos de informações.

Em outro aspecto, quanto à limitação *criativa*, há que se perceber a complexidade do mundo, expressada na variedade possível de casos concretos, embora existam textos e, futuramente, até mesmo manuais de investigação defensiva possam vir a existir. Isso certamente demandará do advogado especial sagacidade para aplicação dos instrumentos, mecanismos, diligências e profissionais assessores; para sua própria atuação, em prol de conferir maior dinamicidade e, conseqüentemente, maior eficácia/eficiência à investigação.

Pelo exposto, a investigação defensiva é realizada por conta própria ou através de profissionais habilitados e contratados para tal finalidade, executando coleta de dados e informações de natureza não-criminal de forma planejada, com conhecimento técnico, e utilizando recursos e

meios tecnológicos permitidos, visando ao esclarecimento de assuntos de interesse privado do constituinte.

Diante da especificidade de conhecimentos e práticas demandadas pela investigação defensiva, tal atividade pode ser objeto de subcontratação de serviços especializados de outro advogado ou banca, devendo tal decisão ser comunicada e aprovada previamente pelo constituinte do advogado condutor da estratégia processual.<sup>(4)</sup>

Quanto aos deveres do advogado condutor da investigação defensiva, transpondo a leitura das obrigações (constitucionais, legais, administrativas e éticas) que norteiam a advocacia para o campo dessa atividade, entende-se que se deva: (i) preservar o sigilo das fontes de informação; (ii) respeitar o direito à intimidade, à privacidade, à honra e à imagem das pessoas; (iii) exercer a atividade com zelo e probidade; (iv) defender, com isenção, os direitos e as prerrogativas profissionais, zelando pela própria reputação e a da classe; (v) zelar pela conservação e proteção de documentos, objetos, dados ou informações que lhe forem confiados pelo constituinte ou em defesa dos seus interesses; (vi) restituir, íntegro, ao constituinte, findo o contrato ou a pedido, documento ou objeto que lhe tenha sido confiado; e (vii) prestar contas ao constituinte.

Sendo assim, o advogado, no desempenho da investigação defensiva, deverá agir sempre com ética, técnica, honestidade, discrição, zelo e apreço pela verdade, sendo vedada a aceitação de causas cujas diligências e medidas a serem tomadas contribuam para a prática de infração penal e/ou ética.

Questionamentos surgirão naturalmente, do tipo: o que deve fazer o advogado que confirmar a culpa do cliente? Ou: o que deve fazer o advogado que descobrir, ao longo das diligências empreendidas, novos crimes perpetrados pelos seus clientes e/ou terceiros?

São questões éticas e morais relevantes, que exigem um grau de maturidade teórica e prática da classe para firmar parâmetros e balizas adequadas às exigências democráticas e constitucionais, de sorte que, ao seu tempo, serão devidamente exploradas.

## 3. Possibilidades da investigação defensiva para a advocacia criminal

*Prima facie*, cumpre dizer que, com a utilização do instrumento de investigação defensiva, o advogado de defesa criminal tem o *dever* de empreender as diligências possíveis e necessárias, ainda que aja confessado o seu cliente, para angariar elementos de prova no sentido de reforçar a(s) tese(s) defensiva(s).

Em posição diametralmente oposta, temos a investigação defensiva dos interesses das vítimas de crimes, enfatizando um papel já demandado do criminalista na defesa dos interesses, patrimoniais e/ou não patrimoniais, das vítimas. E isso se desenvolve tanto na fase processual, quando se fala propriamente do instituto da Assistência de Acusação, incluído no CPP desde 1941, quanto na fase pré-processual, *inclusive no sentido de angariar elementos de prova para subsidiar o início* (através da provocação) e o *próprio desenvolvimento da persecução penal* (por meio da continuidade das medidas e diligências).

Por outro lado, existe a possibilidade da contratação, seja habitual ou pontualmente, de profissionais especializados para auxiliar na apuração de fraudes e outros ilícitos no ambiente corporativo-empresarial, vez que as técnicas especiais de investigação defensiva são consecutivas da mesma finalidade aí almejada: apurar determinada conduta criminosa, por meio da produção e catalogação de provas, se possível em ordem lógica e cronológica, para auxiliar as autoridades públicas responsáveis pelas devidas apurações/responsabilizações. De outra perspectiva, existe a possibilidade de conjugação às medidas judiciais tomadas pela pessoa jurídica, através dos seus sócios e/ou representantes legais, na esfera cível.

Observa-se a utilização dessa atividade no ambiente empresarial, a exemplo das medidas e diligências implementadas para investigações internas e demandas por diligências prévias quanto à idoneidade de parceiros comerciais, fornecedores, investidores e até mesmo clientes, ambas situações exigidas de um bom programa de conformidade/integridade (*compliance*).

Por último, diante das influências cada vez mais maciças de um modelo

negocial e colaborativo de Justiça Criminal, há que se considerar a utilização da atividade ora discutida no ambiente colaboracional, proporcionado pela Lei de Organização Criminosa (Lei Federal 12.850/2013). Contudo, não se almeja neste texto incursão acerca das questões éticas aqui implicadas, apenas existindo a necessidade de menção expressa.

Surge, assim, para o advogado, na área criminal, algumas possibilidades de atuação. Para fins didáticos, portanto, propomos a seguinte taxonomia, sendo tratada a investigação defensiva (*lato sensu*) como um gênero, do qual fazem parte quatro espécies: i) investigação defensiva *stricto sensu*; ii) investigação defensiva dos interesses das vítimas; iii) investigação defensiva corporativa; e, iv) investigação defensiva colaboracional.

Além disso, a investigação defensiva não se confunde com a função de polícia judiciária, pois enquanto esta visa apurar a prática de infrações criminais, aquela somente intenta obter informações no sentido da defesa dos legítimos interesses do constituinte, podendo eventualmente contribuir com a apuração policial e/ou ministerial.

Desse modo, a investigação defensiva pode colaborar com a investigação policial em curso, ficando o aceite da colaboração a critério do delegado de polícia, que poderá admiti-la ou rejeitá-la a qualquer tempo, o que não obsta o prosseguimento das atividades e diligências no bojo da atuação profissional do advogado.<sup>(5)</sup>

Inobstante, a investigação defensiva pode colaborar com a investigação policial concluída e pendente de análise ministerial, ou ainda em procedimentos investigatórios conduzidos diretamente pelos órgãos ministeriais, ficando o aceite da colaboração a critério do promotor/procurador encarregado, que poderá admiti-la ou rejeitá-la a qualquer tempo, o que não obsta o prosseguimento das atividades e diligências no bojo da atuação profissional do advogado. Tudo isso tendo como parâmetro o disposto no art. 5º, parágrafo único, da Lei Federal 13.432/2017, bem como o fundamento do art. 14, do CPP.

Em outro sentido, durante a instrução processual, após o recebimento da denúncia, a investigação defensiva pode ser apresentada aos autos a qualquer tempo, devendo o material já atuado até o oferecimento da resposta à acusação ou defesa prévia ser obrigatoriamente juntado, sob pena de preclusão, salvo se ainda existirem diligências pendentes e/ou a divulgação das atividades possa frustrar a eficácia das medidas.<sup>(6)</sup>

Nessa toada, entendemos que a investigação defensiva pode ser desenvolvida em qualquer fase, procedimento ou grau de jurisdição,<sup>(7)</sup> ou ainda em caráter meramente preventivo,<sup>(8)</sup> diante da possibilidade de eventual necessidade futura para defesa dos interesses do constituinte.

Portanto, a investigação defensiva pode ser realizada a qualquer tempo, desde que solicitada pelo constituinte ou sugerida pelo advogado. Por essa lógica, pode-se falar ainda que não há duração máxima fixada para a investigação defensiva, devendo ela perdurar enquanto houver necessidade/interesse do constituinte para resguardar os seus direitos.

#### 4. A regulamentação da matéria no Brasil

Sobre a regulamentação do tema no Brasil, temos a inclusão da matéria no Projeto de Lei 156, de 2009 (Reforma do CPP),<sup>(9)</sup> ainda que de forma tímida.<sup>(10)</sup> Contudo, não se pode prever quando e se haverá a promulgação do texto nessa forma; não há também necessidade de se aguardar tal implementação para que a advocacia pratique atos de investigação defensiva.

Existe uma proposição em trâmite no Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (desde outubro de 2017, que trata justamente da investigação defensiva, encaminhada para análise da Comissão Especial de Estudos do Direito Penal, cujo debate está marcado para a primeira reunião da Comissão em abril deste ano (2018), no próprio CFOAB.

Essa proposição foi fruto de iniciativa desenvolvida no âmbito da Comissão de Advogados Criminalistas (COMACRIM) da Ordem dos Advogados do Brasil, Seccional do Rio Grande do Norte (OAB/RN), através de um Grupo de Trabalho que maturou o tema em leituras, pesquisas, debates e reflexões ao longo do ano de 2017, culminando com a redação da minuta de um Provimento que foi encaminhada ao CFOAB.

Dessa forma, o tema se apresenta como de uma importância singular para viabilizar uma advocacia de alta performance, por meio de técnicas de instrumentalização e antecipação probatória das demandas judiciais, o que militará em favor de uma real paridade de armas no processo penal e da efetivação do devido processo legal substancial.

#### Notas

- (1) Para uma conceituação do modelo, veja-se: “Para aclarar o objeto e objetivo de nossa reflexão, principiemos com um enunciado conceitual necessário que, a partir do estudo daquele instituto italiano, elaboramos: ‘entende-se por investigação defensiva o complexo de atividades de natureza investigatória desenvolvido, em qualquer fase da persecução criminal, inclusive na antejudicial, pelo defensor, com ou sem assistência de consultante técnico e/ou investigador privado autorizado, tendente à coleta de elementos objetivos, subjetivos e documentais de convicção, no escopo de construção de acervo probatório lícito que, no gozo da parcialidade constitucional deferida, empregará para pleno exercício da ampla defesa do imputado em contraponto à investigação ou acusação oficiais’” In: AZEVEDO, André Boiani; BALDAN, Édson Luís. A preservação do devido processo legal pela investigação defensiva: ou do direito de defender-se provando. Boletim IBCCRIM, São Paulo, v.11, n.137, p. 6-8, abr. 2004.
- (2) Referendando essa importância, o Código de Normas para a Administração da Justiça Criminal da Ordem dos Advogados dos EUA (*American Bar Association, Standards for the Administration of Criminal Justice*), em seu item 4-4.1 “(a) O advogado de defesa deve conduzir uma pronta investigação das circunstâncias do caso, e explorar todas as vias que levem a fatos relevantes para o julgamento do mérito da causa e a aplicação da pena, no caso de condenação. A investigação deve incluir esforços para obter informações na posse da parte acusadora e da Polícia Judiciária. O dever de investigação existe independentemente da confissão do acusado, ou de afirmações para o advogado de defesa sobre fatos que configuram culpa, ou a afirmação da intenção do acusado de se declarar culpado”.
- (3) Devendo-se considerar sempre que nenhuma lesão ou ameaça de lesão a direito poderá ser afastada da tutela judicial (conforme art. 5º, XXXV, CF); e que aquele que, por ação ou omissão, causar prejuízo a outrem está obrigado a repará-lo (de acordo com o Código Civil, em seus arts. 186 e 187).
- (4) Nesse sentido, a minuta proposta ao CFOAB, no art. 10, parágrafo único, *ipsis litteris*: “Art. 10 (...) Parágrafo Único. A Investigação Defensiva pode ser objeto de subcontratação de serviços especializados de outro advogado ou banca, devendo tal decisão ser comunicada previamente ao constituinte do advogado condutor da estratégia processual”.
- (5) ZANOTTI, Bruno Taufner; SANTOS, Cleopas Isaías. Delegado de polícia em ação. Salvador: JusPodivm, 2014. p. 70: “Por isso, em razão dessa omissão legislativa, a investigação promovida diretamente pelo particular não está proibida. Contudo, a repercussão dessa investigação varia de acordo com a natureza da ação penal: - ação privada: a investigação particular pode servir de base para a queixa, sem qualquer participação direta ou indireta da investigação estatal e do Ministério Público; - ação penal pública: de certa forma, incide a ‘teoria da canalização’ do Direito italiano, uma vez que toda a investigação particular deve ser apresentada ao Delegado de Polícia ou ao Ministério Público para que verifiquem a necessidade de produção de outros elementos de informação, caso não haja base suficiente para a propositura da denúncia.”
- (6) Nesse sentido, a minuta proposta ao CFOAB, no art. 6º, §3º, *verbis*: “Art. 6º A Investigação Defensiva pode ser realizada a qualquer tempo, desde que solicitada pelo constituinte ou sugerida como técnica de Defesa pelo advogado. (...) §3º Durante a instrução processual, após o recebimento da Denúncia, a Investigação Defensiva pode ser juntada aos autos a qualquer tempo, devendo o material já atuado até o oferecimento da Resposta à Acusação ou Defesa Prévia ser obrigatoriamente juntado, sob pena de preclusão, salvo se ainda existirem diligências pendentes e/ou a divulgação das atividades possam frustrar a eficácia das medidas.
- (7) AZEVEDO; BALDAN, op. cit..
- (8) MACHADO, André Augusto Mendes. Investigação criminal defensiva. São Paulo: RT, 2010. p. 48.
- (9) Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/90645>>. Acesso em: 17 mar. 2018.
- (10) “Art. 14. É facultado ao investigado, por meio de seu advogado ou de outros mandatários com poderes expressos, tomar a iniciativa de identificar fontes de prova em favor de sua defesa, podendo inclusive entrevistar pessoas. Parágrafo único. As entrevistas realizadas na forma do *caput* deste artigo deverão ser precedidas de esclarecimentos sobre seus objetivos e do consentimento das pessoas ouvidas.”

**Gabriel Bulhões**

Presidente da Comissão dos Advogados

Criminalistas da OAB/RN.

Coordenador Estadual do IBCCRIM no RN.

Pesquisador do Núcleo de Estudos Sobre o

Crime e a Pena da FGV/SP.

# Audiências de custódia: para além da intervenção verticalizada do Supremo Tribunal Federal

Alisson de Lara Romani

## 1. Introdução

Atualmente, o Brasil ostenta o título de quarta maior população carcerária do mundo (aproximadamente 607.731 presos), ficando atrás apenas de Rússia, China e Estados Unidos. Os números do Ministério da Justiça contabilizam que 41% são presos provisórios.<sup>(1)</sup>

Diante desse cenário, e com o objetivo de combater a cultura do encarceramento em massa no Brasil, o Conselho Nacional de Justiça, em atuação conjunta com o Ministério da Justiça, desde janeiro de 2015, lançou o projeto denominado “Audiência de Custódia”. A implantação desse projeto, que tem respaldo em normas e tratados internacionais, como o Pacto de San José da Costa Rica, é assegurar a integridade física, evitar eventuais abusos e violações aos direitos humanos dos presos, bem como desafogar o sistema prisional, além de garantir o efetivo controle judicial de prisões e reforçar a utilização de medidas alternativas ao encarceramento provisório.

Destaca-se a proposta de efetivação de proteção dos direitos humanos representada, no âmbito nacional, pela Constituição Federal, e, no cenário internacional, pelo Pacto de San José da Costa Rica e pelo Sistema Interamericano de Direitos Humanos.

O artigo 9º, item III, do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos das Nações Unidas dispõe que: “Qualquer pessoa presa ou encarcerada em virtude de infração penal deverá ser conduzida, sem demora, à presença do juiz ou de outra autoridade habilitada por lei a exercer funções judiciais e terá o direito de ser julgada em prazo razoável ou de ser posta em liberdade. A prisão preventiva de pessoas que aguardam julgamento não deverá constituir a regra geral, mas a soltura poderá estar condicionada a garantias que assegurem o comparecimento da pessoa em questão à audiência, a todos os atos do processo e, se necessário for, para a execução da sentença”.

O artigo 7º, item 5, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica) dispõe que: “Toda pessoa presa, detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada por lei a exercer funções judiciais e tem o direito de ser julgada em prazo razoável ou de ser posta em liberdade, sem prejuízo de que prossiga o processo. Sua liberdade pode ser condicionada a garantias que assegurem o seu comparecimento em juízo”.

Por sua vez, artigo 1º da Resolução 213/2015, do Conselho Nacional de Justiça, que regulamenta as audiências de custódia em âmbito nacional, dispõe que: “Determinar que toda pessoa presa em flagrante delito, independentemente da motivação ou natureza do ato, seja obrigatoriamente apresentada, em até 24 horas da comunicação do flagrante, à autoridade judicial competente, e ouvida sobre as circunstâncias em que se realizou sua prisão ou apreensão”.

A realização da audiência de custódia, para apresentação do preso, não é facultativa, mas medida obrigatória, nos termos do que foi julgado nos autos da ADPF 347, em que o Supremo Tribunal Federal decidiu que: “estão obrigados juízes e tribunais, observados os artigos 9.3 do Pacto dos Direitos Civis e Políticos e 7.5 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, a realizarem, em até noventa dias, audiências de custódia, viabilizando o comparecimento do preso perante a autoridade judiciária no prazo máximo de 24 horas, contado do momento da prisão”.

Ocorre que há necessidade de um esforço interinstitucional para que as audiências de custódia sejam consolidadas como instrumento efetivo de preservação dos direitos humanos dos presos em flagrante.

## 2. Situação atual das audiências de custódia na capital Gaúcha. Ações da Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul

No ano de 2017, entre os meses de janeiro e setembro, o percentual de audiências não realizadas foi de 58,27%: foram pautadas 1.510 audiências, sendo que 880 audiências não foram realizadas por conta de não condução dos flagrados às audiências de custódia.

A situação tornou-se crítica a partir do mês de maio/2017, quando o percentual de não apresentação começou a aumentar exponencialmente, conforme números apresentados pelo Poder Judiciário Gaúcho, que realizou um quadro comparativo das audiências frustradas entre os anos de 2016 e 2017: maio/2017: 58% de audiências não realizadas; junho/2017: 65,76% de audiências não realizadas; julho/2017: 62,37% de audiências não realizadas; agosto/2017: 62% de audiências não realizadas; setembro/2017: 79% de audiências não realizadas.

Importante ressaltar que o Centro de Triagem dos presos localiza-se no interior da própria Cadeia Pública de Porto Alegre, não havendo motivos justificáveis para que os presos não sejam conduzidos até a sala de audiências, local onde são realizadas as audiências de custódia. Outro aspecto importante, digno de destaque, é que os presos em flagrante que possuem processo de execução criminal ativo não estão sendo conduzidos às audiências de custódia na Capital Gaúcha, o que gera um grave prejuízo a esses cidadãos, que ficam despidos de seu direito subjetivo e indisponível à apresentação perante o juiz competente, após a lavratura de seu auto de prisão em flagrante.

Os flagrados que possuem processo de execução penal ativo não são conduzidos às audiências de custódia, sob justificativa de que há decisão judicial proibindo a entrada de presos (com condenação transitada em julgado) na Cadeia Pública de Porto Alegre, o que torna, na visão da Defensoria Pública, inviável que as audiências de custódia continuem a ser realizadas neste local, no qual não se permite a entrada de presos definitivos.

Não conduzir os presos com condenação definitiva pode gerar um déficit no controle de eventuais torturas e maus-tratos praticados pelas autoridades policiais responsáveis pela prisão e, até mesmo, por particulares. Não se pode deixar evoluir uma cultura direcionada no sentido de que, sabendo-se que o preso definitivo não será apresentado, haja a facilitação de eventuais abusos policiais contra esses cidadãos sujeitos à custódia estatal.

O local, embora aparentemente seja o ideal para a realização das audiências, impede que presos em flagrante, que possuam condenação definitiva, sejam conduzidos à audiência, ferindo-se seus direitos subjetivos à apresentação ao juiz competente para análise da prisão.

É necessário levar em consideração que a decisão do Supremo Tribunal Federal na ADPF 347, a Resolução do Conselho Nacional de Justiça e a Resolução do COMAG, que regulamentam as audiências de custódia, não fazem ressalvas em relação ao preso definitivo, não podendo as autoridades públicas fazê-las, restringindo direitos de uma parcela significativa de flagrados.

Ressalte-se que o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, bem como o Governo do Estado Gaúcho, assinaram o “Termo de Adesão ao Termo de Cooperação Técnica entre Conselho Nacional de Justiça, Ministério da Justiça e Instituto de Defesa do Direito de Defesa para implantação do Projeto Audiência de Custódia” (Termo 007/2015),<sup>(2)</sup> devendo cumprir, na integralidade, as normas internacionais, tornando

eficaz este importante instrumento que desnuda a (i)legalidade da prisão e eventuais torturas e abusos praticados pela autoridade responsável pela prisão ou até mesmo por particulares.

Destaque-se que, no momento em que o preso não é apresentado, a Defensoria Pública Gaúcha tem adotado estratégias para efetivar as audiências de custódia, dentre as quais: a) faz pedido para que o preso seja apresentado em uma nova data, a ser aprazada pelo juiz plantonista, preferentemente no prazo de 24 horas; b) impetra *Habeas Corpus* para fins de relaxamento das prisões em flagrante, convertidas em prisão preventiva, considerando que a não apresentação do flagrado ao juiz competente fere requisito indispensável à homologação do flagrante; c) impetra Mandados de Segurança para preservar direito líquido e certo dos presos de serem apresentados às audiências de custódia; d) ajuíza reclamações constitucionais individuais perante o Supremo Tribunal Federal, para fazer valer a autoridade da decisão prolatada na ADPF 347.

Foram ajuizadas, pela Defensoria Pública Gaúcha, perante o Supremo Tribunal Federal, aproximadamente 40 (quarenta) reclamações individuais, entre os meses de setembro e outubro/2017, a fim de que seja efetivada a decisão prolatada na ADPF 347, com apresentação imediata dos presos ao ato judicial.

Além dessas ações, houve o ajuizamento de uma Reclamação Constitucional coletiva (Rcl 28834), distribuída ao Ministro Relator Alexandre de Moraes, em 27/10/2017, com a seguinte pretensão: a) apresentação de todos os presos, sem exceção, perante o juiz plantonista, no prazo de 24 horas; b) alteração do local em que são realizadas as audiências de custódia, considerando que há decisão judicial proibindo a entrada de presos com condenação transitada em julgado na Cadeia Pública de Porto Alegre, sugerindo-se o Foro Central de Porto Alegre (Foro I – Criminal); c) determinação de que todos os presos provisórios e temporários sejam conduzidos do Centro de Triagem até a sala de audiências da Cadeia Pública, no prazo de 24 horas, resguardando-se seus direitos à apresentação judicial após a prisão. O Ministro Relator, previamente à análise do pedido liminar, requisitou informações das autoridades reclamadas (Estado do Rio Grande do Sul e Poder Judiciário Gaúcho).<sup>(3)</sup>

Dentre as reclamações individuais, houve deferimento de algumas medidas cautelares, cuja ordem foi no sentido de condução dos presos e realização das audiências, no prazo de 24 horas. Transcrevo a ementa da decisão liminar proferida pelo Ministro Roberto Barroso, na Reclamação Constitucional 28.750: “**EMENTA: MEDIDA LIMINAR EM RECLAMAÇÃO. ADPF 347. AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA. HABEAS CORPUS DE OFÍCIO. IMPOSSIBILIDADE. 1. A audiência de custódia é direito subjetivo do preso e tem como objetivos verificar sua condição física, de modo a coibir eventual violência praticada contra ele, bem como a legalidade da prisão e a necessidade de sua manutenção. 2. A realização da audiência de custódia não deve estar submetida à discricionariedade do juiz ou dos agentes estatais, em razão de ser direito subjetivo do preso. 3. Liminar deferida para determinar a realização da audiência de custódia em 24 (vinte e quatro) horas, contadas do recebimento da comunicação desta decisão pela autoridade reclamada.**”

O mesmo caminho foi trilhado pelo Ministro Gilmar Mendes, na Reclamação 28.709, e pelo Ministro Celso de Mello, nas Reclamações 28.938 e 28.871.

Na Reclamação 29.671, distribuída à Ministra Rosa Weber, o parecer do Ministério Público Federal, de lavra da Subprocuradora-Geral da República, Cláudia Sampaio Marques, foi pela procedência do pedido veiculado na ação constitucional, cuja ementa transcrevo: “**Reclamação. Descumprimento da decisão proferida no julgamento da adpf nº 347/df. Prisão em flagrante convertida em preventiva em 8.10.2017. Licitude dos fundamentos do decreto prisional (para a garantia da ordem pública, em razão da natureza altamente lesiva e destrutiva da droga apreendida em poder do reclamante - “crack” -, assim como pelo fato de ele possuir extensa ficha criminal, já tendo sido condenado duas vezes por roubo e sendo, inclusive, reincidente). Audiência de custódia. Obrigatoriedade da sua realização. Direito subjetivo do preso. Ilegalidade evidenciada diante do esgotamento do prazo fixado pelo supremo tribunal federal**

*para implementação da medida. Parecer pela procedência do pedido.*”

Desta forma, vagarosamente a situação tende a retomar sua normalidade, lamentavelmente por via verticalizada, com ordens do Supremo Tribunal Federal às autoridades reclamadas.

### 3. Considerações finais

Considerando a precária situação das audiências de custódia na Capital Gaúcha, torna-se imprescindível sanar esse problema, preservando-se o direito subjetivo dos presos de serem apresentados à autoridade judicial competente, no prazo de 24 horas a contar da prisão em flagrante, evitando-se, por conseguinte, a multiplicação de ações constitucionais sobre o mesmo tema perante o Poder Judiciário.

Os números que emergem da prática forense refletem, desenganadamente, que os presos estão vivenciando omissões por parte do Estado do Rio Grande do Sul e do Poder Judiciário, que ferem decisão tomada pelo Supremo Tribunal Federal na ADPF 347. Conclui-se que o percentual de não apresentação dos flagrados neste ano (média de 51,51%), chegando ao número lastimável de 79% de ausências em setembro/2017, consubstancia-se em descumprimento injustificado da decisão prolatada pelo Supremo Tribunal Federal na ADPF 347, devendo serem tomadas providências para sanar essas irregularidades e dar efetividade às audiências de custódia.

Para além da solução verticalizada desse problema (com ordens emanadas do Supremo Tribunal Federal ao Estado do Rio Grande do Sul e ao Poder Judiciário Gaúcho), é importante que haja ações interinstitucionais efetivas, com reunião de esforços entre o Poder Executivo, o Poder Judiciário, a Defensoria Pública e o Ministério Público, a fim de sanar o problema da não condução dos presos às audiências de custódia.

Não basta previsão constitucional e internalização de tratados de direitos humanos em nosso Estado Federal (com *status* de suprallegalidade), sendo imprescindível a execução efetiva desse instrumento assecuratório de direitos humanos, havendo necessidade de investimentos nessa área específica do direito criminal, bem como boa vontade dos operadores do sistema penal, que muitas vezes caminha a passos de formiga quando o interesse é a preservação dos direitos de pessoas vulneráveis.

A verticalização das decisões do Supremo Tribunal Federal – embora fundamental no cenário prisional da Capital Gaúcha – também não soluciona os casos de tortura pelos quais passaram muitos dos presos, tendo em vista que entre a prisão e o efetivo cumprimento de decisão liminar do STF há o transcurso de um tempo que apaga as marcas de lesões sofridas pelo flagrado, esvaziando uma das principais finalidades desse instituto humanitário.

Assim, as audiências de custódia, embora recentes no nosso País, estabeleceram-se para permanecer, sendo que as ações intergovernamentais devem seguir o fluxo acentuado de sedimentação das audiências de custódia, preservando direitos humanos essenciais ao amadurecimento do nosso Estado Democrático de Direito.

### Notas

- (1) BRASIL. Ministério da Justiça. Departamento Penitenciário Nacional. *Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias* – INFOPEN, jun. 2014. Disponível em: <<http://www.justica.gov.br/noticias/mj-divulgara-novo-relatorio-do-infopen-esta-terca-feira/relatorio-depen-versao-web.pdf>>. Acesso em: 16 nov. 2017.
- (2) Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/sistemacarcerario-e-execucao-penal/audiencia-de-custodia/documentos>>. Acesso em: 25 out. 2017.
- (3) Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=361459&tip=UN>>.

**Alisson de Lara Romani**  
Defensor Público em Porto Alegre.

Membro do Conselho Superior da Defensoria Pública (RS).

# O que restará da presunção de inocência diante das ações declaratórias de constitucionalidade 43 e 44 no STF?

Guilherme Rodrigues Abrão

Vivencia-se, inegavelmente, um momento delicado no ordenamento jurídico acerca dos rumos da presunção de inocência. Não só diante de operações recentes, em especial da “Lava Jato”, mas também do contexto e do momento político-social, explorado na sensação de que a impunidade impera na justiça criminal, o processo penal pátrio ganha novos, ou nem tão novos assim, contornos e amplia a discussão acerca de temas constitucionais e processuais relevantes. Considerando o iminente julgamento de mérito das Ações Declaratórias de Constitucionalidade 43 e 44, perante o STF, bem como o posicionamento já externado pela Corte, em fevereiro de 2016, no HC 126.292,<sup>(1)</sup> o que restará da presunção de inocência?

Caminha-se, lamentavelmente, para a mitigação de uma das mais relevantes garantias constitucionais, a qual é, ou deveria ser, inerente e indiscutível em um Estado Democrático e Constitucional de Direito, a partir do momento em que se permite o cumprimento de pena privativa de liberdade após o julgamento de segunda instância (recurso de apelação e embargos de declaração, além de ocasionais embargos infringentes), mas ainda na pendência de julgamento de recursos perante os Tribunais Superiores, ainda que isso não se dê de forma automática como bem alerta **Lênio Streck**.<sup>(2)</sup>

Prevista no art. 5º, LVII, da CF/88, a presunção de inocência assegura, ou deveria assegurar, que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”. Ou seja, é constitucionalmente assegurado ao cidadão, caso venha a responder processo criminal, que lhe será dado o tratamento de ser presumivelmente inocente, com as consequências daí advindas, em especial no campo probatório; eis que, abrigado por essa garantia constitucional, cabe ao órgão acusador provar e demonstrar sua culpabilidade, pois possuidor do ônus da prova; e, no campo do cumprimento da pena, somente ser exigível após o esgotamento das vias recursais.

Contudo, deve-se ir além da Constituição. O art. 8.2 do Dec. 678/92 (Convenção Americana de Direitos Humanos) estabelece que “toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa”; redação semelhante à do art. 14.2 do Dec. 592/92 (Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos). Na mesma linha, a Declaração Universal dos Direitos Humanos assegura, em seu art. XI, que “todo ser humano acusado de um ato delituoso tem o direito de ser presumido inocente até que a sua culpabilidade tenha sido provada de acordo com a lei, em julgamento público no qual lhe tenham sido asseguradas todas as garantias necessárias à sua defesa”.

Além disso, o CPP estabelece, em harmonia com os diplomas internacionais e com a CF/88, como não poderia ser diferente, em seu art. 283, que “ninguém poderá ser preso”, dentre outros casos, “em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado”.

Como bem anota **Amilton B. de Carvalho** “o princípio da presunção de inocência não precisa estar positivado em lugar nenhum: é pressuposto (...), nesse momento histórico, da condição humana”.<sup>(3)</sup> A presunção de inocência, por estar também atrelada ao princípio da dignidade da pessoa humana e ao devido processo legal, postulados

constitucionais igualmente fundamentais, “impõe um verdadeiro dever de tratamento (na medida em que exige que o réu seja tratado como inocente)”,<sup>(4)</sup> como pontua **Aury Lopes Jr.**

Dessa forma, evidencia-se que a (possibilidade de) prisão após o julgamento de segunda instância, cuja decisão será passível, quem sabe, de impugnação por meio de recursos aos Tribunais Superiores, revela-se incompatível com a CF/88 e com os diplomas internacionais dos quais o Brasil é signatário. Portanto, a decisão negativamente emblemática do STF nos autos do HC 126.292 e a recente decisão proferida no RE 696.533,<sup>(5)</sup> revertendo posicionamento anterior notório no HC 84.078, revela que o posicionamento da Corte Constitucional caminha na contramão de um processo constitucional penal democrático e justo, mitigando, senão extirpando, a garantia que se traduz também num dever de tratamento dado ao acusado no processo penal.<sup>(6)</sup>

**Giacomolli** bem adverte sobre aquilo que parece ser desprezado, ao menos pela maioria, dos ministros da Corte Constitucional pátria, que “em essência, o ser humano nasce inocente, permanece inocente até que o Estado afaste esse estado natural e jurídico, de modo consistente, através do devido processo constitucional e convencional, do devido processo (acusação, processo, ampla defesa, provas suficientes, debate contraditório, decisão judicial fundamentada, duplo pronunciamento, v.g.)”.<sup>(7)</sup>

Ainda que no próprio STF ecoem vozes em sentido contrário, como, por exemplo, nas decisões liminares concedidas nos *habeas corpus* 144.712, 145.380 e 146.006, para suspender a execução provisória da pena; e, como bem alertou o ministro Ricardo Lewandowski, no HC 137.063, ao impedir o cumprimento antecipado de pena ante o não trânsito em julgado de sentença condenatória, “como se sabe, a nossa Constituição não é uma mera folha de papel, que pode ser rasgada sempre que contrarie as forças políticas do momento”. O futuro é duvidoso, como cantou **Cazuza**.

No julgamento das Ações Declaratórias de Constitucionalidade 43 e 44, espera-se um placar apertado. Apertado, pois, confirmando-se a tendência de voto dos ministros, estar-se-á a mitigar a garantia da presunção de inocência, permitindo-se, assim, senão a possibilidade, o cumprimento antecipado de pena de prisão, sem que, portanto, tenha ocorrido o trânsito em julgado da decisão penal condenatória. Fundamental que a comunidade jurídica insista e batalhe para que seja dado respaldo ao texto constitucional, respeitando-se a garantia da presunção de inocência, para que não seja mera retórica. Daí que extremamente importante a habilitação de diversas entidades, dentre elas o IBCCRIM, como *amicus curiae* nas ações destacadas, pois salienta **Badaró** que “outra repercussão da presunção de inocência, como regra de tratamento do acusado, é a impossibilidade de execução provisória ou antecipada da pena”.<sup>(8)</sup>

Como escreveu **Martin Niemöller** “quando os nazistas levaram os comunistas, eu calei-me, porque, afinal, eu não era comunista. Quando eles prenderam os sociais-democratas, eu calei-me, porque, afinal, eu não era social-democrata. Quando eles levaram os sindicalistas, eu não protestei, porque, afinal, eu não era sindicalista. Quando levaram os judeus, eu não protestei, porque, afinal, eu não era judeu. Quando

*eles me levaram, não havia mais quem protestasse*". Que não percamos de vista e que possamos seguir protestando pelo cumprimento da Constituição Federal e pela observância das garantias fundamentais daí advindas, infranqueáveis em um Estado Democrático e Constitucional de Direito.

## Notas

- (1) CONSTITUCIONAL. HABEAS CORPUS. PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA (CF, ART. 5º, LVII). SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA CONFIRMADA POR TRIBUNAL DE SEGUNDO GRAU DE JURISDIÇÃO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA. POSSIBILIDADE. 1. A execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal. 2. Habeas corpus denegado. (HC 126292, Relator(a): Min. TEORI ZAVASCKI, Tribunal Pleno, julgado em 17/02/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-100 DIVULG 16-05-2016 PUBLIC 17-05-2016).
- (2) "Segundo, parece que os ministros não se dão conta de que, até mesmo levadas ao extremo as decisões do STF no HC 126.292 e nas ADCs 43 e 44 (liminar), ainda assim parece claro que a decisão da Suprema Corte não obriga a prender. Nem a negativa de liminar nas ADCs fala disso. E nem poderia a Suprema Corte obrigar a prender. Todavia, o que se vende por aí é que, passado o segundo grau, a prisão é obrigatória. Contra cláusula pétreia da Constituição Federal. Como se pudéssemos inverter uma garantia constitucional: em vez de, por exceção prender, usar a ordem pública como fundamento para prender de ofício" STRECK, Lênio. *Presunção de inocência e juiz natural: um dia os textos vão revidar!* Disponível em: <www.conjur.com.br>. Acesso em: 08 fev. 2017.
- (3) CARVALHO, Amilton Bueno de. Lei, para que(m)? In: *Carvalho, Amilton Bueno e Carvalho, Salo. Reformas Penais em Debate. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 519.*
- (4) LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 220.
- (5) **Decisão:** A Turma, por maioria, não conheceu do Recurso Especial, vencidos, integralmente, o Ministro Luiz Fux, Relator, e, parcialmente, em relação à condenação do artigo 90 da Lei 8.666/1993, o Ministro Marco Aurélio. Na sequência, por maioria, determinou a imediata execução da pena, com expedição de mandado de prisão, tudo nos termos do voto do Ministro Luís

Roberto Barroso, Redator para o acórdão, vencidos os Ministros Marco Aurélio e Rosa Weber. Falou o Dr. Antônio Nabor Areias Bulhões pelo Recorrente. Presidência do Ministro Alexandre de Moraes. Primeira Turma, 6.2.2018.

- (6) Soma-se ainda a decisão no ARE 964.246, conforme a ementa: CONSTITUCIONAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA (CF, ART. 5º, LVII). ACÓRDÃO PENAL CONDENATÓRIO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA. POSSIBILIDADE. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. JURISPRUDÊNCIA REAFIRMADA. 1. Em regime de repercussão geral, fica reafirmada a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal no sentido de que a execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau recursal, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal. 2. Recurso extraordinário a que se nega provimento, com o reconhecimento da repercussão geral do tema e a reafirmação da jurisprudência sobre a matéria. (ARE 964246 RG, Relator(a): Min. TEORI ZAVASCKI, julgado em 10/11/2016, PROCESSO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-251 DIVULG 24-11-2016 PUBLIC 25-11-2016).
- (7) GIACOMOLLI, Nereu José. *O devido processo penal: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica*. São Paulo: Atlas, 2014. p. 93.
- (8) BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo penal*. 4. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo, RT, 2016, p. 64. ZANOIDE bem destaca que "*a presunção de inocência é violada na medida em que se desrespeita a cláusula restritiva que o constituinte expressamente estabeleceu ("até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória")*". Essa cláusula nasceu da intersecção entre a presunção de inocência, o devido processo legal e a dignidade da pessoa humana. Por ela se define o trânsito em julgado da decisão condenatória como marco constitucional que separa o até então inocente do doravante condenado". MORAES, Maurício Zanoide de. *Presunção de inocência no processo penal brasileiro: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 445.

**Guilherme Rodrigues Abrão**  
Mestre em Ciências Criminais pela PUC/RS.  
Professor de Direito da PUC/RS.  
Advogado.

# Interpretação jurídica e justiça criminal: a fuga da Constituição

*Agassiz Almeida Filho*

O sistema jurídico brasileiro vive um dilema aparentemente sem solução até o momento. A ideia de força normativa da Constituição conferiu aos princípios constitucionais o conteúdo normativo de que não dispunham antes de 1988, embora, nos primeiros anos de vigência da Constituição, essa dimensão normativa tenha sido negada sob a alegação de que muitos dos enunciados constitucionais careciam de regulamentação. Também os princípios jurídicos em geral, principalmente através da obra de **R. Dworkin**<sup>(1)</sup> e **R. Alexy**,<sup>(2)</sup> assumiram a posição de enunciados normativos que possuem tanta imperatividade quanto qualquer outra manifestação da ordem jurídica. A compreensão dos princípios jurídicos como verdadeiros enunciados normativos é uma das principais características do constitucionalismo contemporâneo, figurando, além disso, como a base sobre a qual se desenvolveram a "marcha constitucional das liberdades" e o próprio garantismo penal.

No Direito brasileiro, passaram a conviver duas formas distintas de se compreender os princípios. A primeira delas os situa como elementos estruturantes do sistema normativo e influenciou muitos representantes

do nosso pensamento jurídico. De acordo com essa perspectiva, os princípios jurídicos são "o substratum de um complexo de altos ditames (...), série de postulados que enfeixam princípios superiores".

<sup>(3)</sup> Nesse caso, ligados ainda à tradição dos princípios gerais do Direito, não possuíam imperatividade e deveriam ser utilizados como critérios interpretativos para auxiliar os esforços do exegeta na compreensão ou integração das lacunas da lei. Numa linha semelhante, referindo-se aos princípios da Administração Pública, sem negar, contudo, sua força normativa, **Hely Lopes Meirelles** afirma que os princípios são "os fundamentos da ação administrativa ou (...) os sustentáculos da atividade pública".<sup>(4)</sup> De acordo com essa perspectiva, portanto, o que caracteriza um princípio é a sua função de elemento estruturante da ordem jurídica.

A segunda forma de se entender os princípios jurídicos é a responsável pelo título deste breve texto. Trata-se de considerar os princípios como enunciados que podem ser interpretados ou otimizados de várias formas diferentes por causa da sua textura normativa aberta ou da relação com outras normas jurídicas, sem entrar nos detalhes

teóricos que diferenciam, por exemplo, as posições de autores como **Dworkin**, **Alexy** ou **Atienza**. Segundo essa perspectiva, a dignidade da pessoa humana (art. 1º, inc. III, da CF), a ampla defesa (art. 5º, inc. LV, da CF) ou a liberdade de culto (art. 5º, inc. VI) aparecem como princípios porque seus enunciados abertos permitem variações na forma como eles são interpretados. Esta variação, *a priori*, é indispensável para o Estado Democrático de Direito porque oferece ao intérprete a possibilidade de construir ou constituir uma decisão adequada às circunstâncias de cada caso concreto. Ao juiz criminal, assim, cabe o papel constitucional de concretizar a Constituição.

Na justiça criminal, de modo geral, isso deve redundar em uma análise detida dos casos e numa interpretação/aplicação do Direito que privilegie a Constituição, mesmo em detrimento da lei penal ou da regulamentação infraconstitucional do processo. No Estado Democrático de Direito, pode e deve o juiz criminal exercer um juízo de constitucionalidade permanente, que passa, em situações específicas, pela declaração de inconstitucionalidade da lei penal dentro dos limites do caso levado ao seu conhecimento. Trata-se, indo mais longe ainda, do “poder criador da jurisdição”.<sup>(5)</sup> Quer dizer, “a função jurisdicional vai ser constitucionalmente compreendida, não como mera função de tutela da lei (‘da norma’) e da sua formal aplicação, e sim (...) como função de juízo (...), de prudencial e histórico concreto ‘ius dicere’”.<sup>(6)</sup> O exercício da função jurisdicional no Estado Democrático de Direito implica mais liberdade de ação para o juiz criminal com o objetivo de realizar a Constituição (aplicá-la efetivamente), conferindo sentido, unidade e dimensão humano-emancipatória ao sistema jurídico.

No atual constitucionalismo dos direitos, o fortalecimento dos poderes do juiz criminal depende diretamente da sua conexão com a realização do discurso constitucional. O espaço para a decisão judicial foi criado pelo Estado Democrático de Direito com a finalidade de preservar uma ordem jurídica (seja o Direito “posto ou pressuposto”) constitucionalmente fundada, promovendo, com isso, uma ampliação sistêmica do alcance dos direitos e garantias fundamentais. Sendo assim, não é possível harmonizar a função da jurisdição com a “fuga da Constituição” ou com a relativização das suas normas. Um quadro histórico-estatal dessa natureza representa a própria negação dos valores que deram origem à liberdade (constitucional) de ação do juiz no processo criminal. A propósito, em virtude do princípio da legalidade criminal, o juiz não pode utilizar o poder de constituir a decisão de modo a restringir a esfera de direitos e garantias do acusado. Do contrário, o Direito caminhará na direção do irracionalismo da velha Escola de Kiel. Um beco sem saída.

A dificuldade para se estabelecer uma relação adequada entre o poder constitutivo do juiz criminal e o Estado Democrático de Direito tem raízes culturais, políticas e ideológicas. Em primeiro lugar, há um acirramento mundial no que diz respeito à restrição dos direitos e garantias fundamentais, sobretudo após o 11 de Setembro de 2001. O combate ao terrorismo incentivou a criação e o incremento de medidas voltadas para a investigação e punição desse tipo de ilícito criminal. Porém, a relativização dos direitos e garantias fundamentais que acompanhou essa tendência antiterrorista afetou o funcionamento cotidiano das esferas de combate à criminalidade. Fez com que tal relativização fosse assumida cultural, política e ideologicamente pela justiça criminal. E a violência mostrada pelos meios de comunicação e pela *web*, entre outros aspectos, conquistou um certo apoio da sociedade em relação a esse novo modelo de persecução penal. Trata-se de uma das facetas mais perversas do processo de mundialização.<sup>(7)</sup>

Além disso, a justiça criminal brasileira enfrenta a longa tradição autoritária que caracteriza o funcionamento do Estado e a cultura social. “O Brasil é uma sociedade autoritária, na medida em que não consegue, até o limiar do século XXI, concretizar os princípios (...) do liberalismo e do republicanismo”.<sup>(8)</sup> O Estado é o “fundador do social” e “as relações sociais se efetuam sob a forma da tutela e do

*favor (jamaís do direito)”*.<sup>(9)</sup> Em razão disso, a nossa justiça criminal se encaixa com incômoda perfeição no modelo de identificação do inimigo criticado por **Zaffaroni** – e que se inspira em **Carl Schmitt** e nos “juristas terríveis” do nacional-socialismo –, pois, historicamente, sempre atuou de forma a apontar um inimigo público que deve ser derrotado a qualquer custo, podendo, inclusive, ser afastado arbitrariamente e veladamente da sua condição de pessoa humana. Aliás, essa negação tanto acontece durante o andamento do processo como no período de execução da pena. Ou será que alguém pode negar que os presídios brasileiros, para amplos setores da opinião pública, não passam de grandes depósitos de indesejáveis que a sociedade procura eliminar fisicamente ou afastar do seu convívio?

A fuga da Constituição ocorre, *v. g.*, quando o membro do Ministério Público atua no processo criminal como parte, alheio, por isso, à sua função de defensor da ordem jurídica (art. 127 da CF), quando o juiz utiliza elementos de outros processos para incriminar o acusado ou quando este é tratado como se fosse inimigo do Estado. Em todos esses exemplos, a fuga da Constituição também representa uma espécie de apropriação autoritária da sua mensagem normativa, criando uma justiça criminal que estabelece regras próprias e que não admite a pluralidade, a diversidade e a tolerância típicas de uma “comunidade aberta de intérpretes da Constituição”. A Constituição de 88 deu à justiça criminal maior liberdade para agir em seu nome para concretizá-la como instrumento de efetivação dos direitos fundamentais, assumindo os seres humanos como fontes de legitimidade e destinatários da ordem constitucional: sujeitos e não objetos. A experiência histórica, porém, tem demonstrado que uma sociedade autoritária dificilmente produz cidadãos e magistrados que acreditem, sintam e apliquem a Constituição.

## Notas

- (1) DWORKIN, Ronald. *Los derechos en serio*. Barcelona: Ariel, 1995, pp. 73 e ss.
- (2) ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997, pp. 86 e ss.
- (3) MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 11 ed., Rio de Janeiro: Forense, 1991, p. 295.
- (4) MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 17 ed., São Paulo: Malheiros, 1992, p. 82.
- (5) NEVES, A. Castanheira. Da jurisdição no actual Estado-de-Direito. In: *Ab Vno ad Omnes – 75 anos da Coimbra Editora (1920-1995)*. Coimbra: Coimbra Ed., 1998, p. 179.
- (6) Idem, *ibidem*, p. 180.
- (7) Eugenio Raúl Zaffaroni vê nessa tendência o resultado do enfraquecimento da Política por uma globalização que reduziu ao mínimo necessário o papel dos Estados Nacionais, que, interna ou externamente, atuam no sentido de apontar quem são seus inimigos, aniquilá-los ou torná-los impotentes (ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *O inimigo no direito penal*. Rio de Janeiro: Revan, 2007, p. 17). “Qualquer pessoa que lê um jornal (...) vai se inteirando dos passos que o poder mundial toma rumo aos genocídios, ou seja, rumo ao aniquilamento total daqueles a quem considera seus inimigos” (*idem, ibidem*).
- (8) CHAUI, Marilena. Manifestações ideológicas do autoritarismo brasileiro. In: *Escritos de Marilena Chauí*. São Paulo: Autêntica, vol. 2, 2013, p. 257.
- (9) Idem, *ibidem*.

**Agassiz Almeida Filho**

Professor da UEPB e da UERN.

Integrante do “Comité de los referentes de los proyectos internacionales” do Centro di studi sull’America Latina – Università degli studi di Bologna.

Advogado.

# O Pacto São José da Costa Rica, o Projeto de Lei 8.125/2014 e o Estado ditatorial: o Brasil na contramão do humanitarismo após a redemocratização latino-americana

*Lorena Machado do Nascimento*

Em 23 de agosto de 2017, a Comissão de Constituição e Justiça da Câmara dos Deputados (CCJ) aprovou o Projeto de Lei 8.125/2014, de autoria do deputado Subtenente Gonzaga (PDT-MG), que altera o Código Penal, a fim de criar os tipos penais de resistência à ação policial, desobediência à ordem policial e de desacato à autoridade policial. Agora, a proposta segue para a discussão em plenário.

Texto original do Código Penal brasileiro, o tipo de resistência, art. 329, foi escrito declaradamente inspirado nas lições de **Manzini**, homenageado na exposição de motivos do Codex repressivo, jurista italiano reconhecido como o grande “arquiteto dogmático do fascismo”.

<sup>(1)</sup> Também é preciso reconhecer que o Código referido serviu intacto ao integralismo getulista de 1937-1945 (Estado Novo) e à Ditadura Militar de 1964-1985; ainda hoje permanece em pleno vigor, mesmo com a atual Constituição promulgada através de Assembleia Nacional Constituinte, em 1988. O contexto em que foi confeccionado e as suas explícitas influências acadêmicas expiram preocupação e impõem a dúvida razoável sobre a sua constitucionalidade, sendo ainda mais grave a tentativa legislativa de construção de um tipo penal da mesma espécie, porém qualificado para reprimir a resistência a investidas policiais especificamente.

Tipificado no art. 329 do Código Penal, o tipo de resistência consiste na ação de “*Opor-se à execução de ato legal, mediante violência ou ameaça a funcionário competente para executá-lo ou a quem lhe esteja prestando auxílio*”. O Desacato, tipificado no art. 331, por sua vez, constitui em “*desacatar funcionário público no exercício da função ou em razão dela*”.

Se forem submetidos à análise crítica, pode-se dizer que, em plena ditadura militar, quando o Estado precisa sempre se assegurar de que nem mesmo o direito a defender-se de quem deseja prendê-lo o indivíduo terá, os referidos tipos penais fazem todo o sentido. Ocorre que, em solo democrático de direito, recusar-se a se deixar prender e se utilizar de todos os meios possíveis para tanto pode ser uma atitude natural de qualquer ser humano, até mesmo um reflexo de sobrevivência instintivo, podendo tornar a sua tipificação uma criminalização do próprio ser humano.

Enquanto “o Estado Democrático de Direito aposta na maximização da liberdade (entendida como plena possibilidade de realização das potencialidades dos indivíduos) e na correlata minimização dos poderes”,<sup>(2)</sup> tudo o que um Estado inquisitivo não quer é justamente que ao “indivíduo selecionado” lhe seja assegurado o direito de fugir à seleção.

Enquanto o Projeto de Lei em questão avança em seu processo legislativo, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos define que a liberdade de expressão se contempla em dois níveis: o primeiro consiste no direito inerente ao ser humano de expressar seus pensamentos e ideias; e, o segundo, no direito da coletividade de conhecer os pensamentos e ideias dos outros, e de ser bem informada.<sup>(3)</sup> Na esteira desse entendimento, em dezembro de 2016,

o Superior Tribunal de Justiça brasileiro decidiu,<sup>(4)</sup> após realizar controle de convencionalidade, que os tipos penais de desacato não são compatíveis com o Regime Democrático brasileiro, tampouco com as estruturas jurídicas magnas adotadas – referindo-se ao Pacto de San José da Costa Rica, ao qual o Brasil aderiu em 1992 –, concluindo que já se decidiu, em âmbito internacional, que as leis de desacato se prestam para legitimar o abuso do Estado sobre os indivíduos “*como meio para silenciar ideias e opiniões consideradas incômodas pelo establishment, bem como assim proporcionar maior nível de proteção aos agentes do Estado do que aos particulares, em contravenção aos princípios democrático e igualitário*”.

Ressalte-se que o Projeto de Lei 8.125/2014 foi aprovado pela CCJ após a referida decisão do Egrégio Tribunal, o que demonstra que, além de um grande descompasso entre os Poderes Republicanos, o Poder Legislativo, especificamente, caminha sem realizar o rompimento completo com a jurisdição penal autoritária, na qual “*os direitos fundamentais deixam de ser percebidos e de atuar como limites à opressão do Estado e de seus agentes (e como triunfos contra maiorias de ocasião) para serem tratados (e afastados) como óbices à eficiência repressiva e à ampliação do poder penal*”.<sup>(5)</sup>

Note-se que os tipos penais de calúnia, injúria e difamação não foram excluídos da aplicação judiciária, podendo ser utilizados por qualquer pessoa, porquanto que somente o tipo especializado, Desacato, o foi. Pode-se dizer que, assim como apontado anteriormente, a razão é que figurar personagens estatais como um ente mais provido de proteção penal é, senão, permitir a superioridade não constitucional de alguém diante de toda a sociedade. Essas conclusões devem ser analisadas da mesma forma no que tange aos tipos de resistência à ordem policial e desobediência à ordem policial, que estão a poucos passos de se tornarem normas vigentes no Brasil. É preciso frisar que em plena ditadura militar instaurada após um golpe das Forças Armadas, o art. 15 da Lei de Segurança Nacional (Lei 7.170/70) previu como crime, com pena máxima de até quinze anos, a tentativa de mudar o regime de governo vigente.

Com os mesmos propósitos antidemocráticos, o Ato Institucional II, de 1965, conferiu ao Presidente da República o poder de, sem qualquer controle *externa corporis*, suspender os direitos políticos de quaisquer cidadãos pelo prazo de dez anos e cassar mandatos legislativos federais, estaduais e municipais, tendo como efeitos desta suspensão, dentre outros, a liberdade vigiada, o domicílio determinado e a proibição de atividade ou manifestação sobre assunto de natureza política.

Diante do quanto exposto, é preciso que seja reconhecida a inconstitucionalidade e a incompatibilidade do projeto de Lei 8.125/2014 com o Estado Democrático de Direito escolhido pela República brasileira. Não pode, o Brasil, deixar-se retroceder em seus direitos e garantias fundamentais, de caráter internacional e indisponível, como o são. As garantias individuais são cláusulas pétreas e a contenção mínima de proteção aos direitos das pessoas, sendo

extremamente gravoso o seu descumprimento, como já vivenciado no país e rejeitado pela população. O Estado, ainda mais armado, não pode valer-se de prerrogativas maiores que as dos seus cidadãos, sob pena de desequilíbrio institucional e de insegurança social.

## Notas

- (1) KHALED JR., Salah; ROSA, Alexandre Morais da. *Inquéritos policiais e processos em andamento como antecedentes criminais: o Supremo sucumbirá ao fascismo?*. Disponível em: <[http://emporiiodireito.com.br/tag/manzini/#\\_ednref5](http://emporiiodireito.com.br/tag/manzini/#_ednref5)>. Acesso em: 28 ago. 2017.
- (2) CASARA, Rubens. *Jurisdição penal autoritária*. Empório do Direito. Disponível em: <<http://justificando.cartacapital.com.br/2015/08/29/jurisdiacao-penal-autoritaria/>>. Acesso em: 17 set. 2017.

- (3) CIDH. *A hemispheric agenda for the defense of freedom of expression*. Disponível em: <[http://www.oas.org/es/cidh/expresion/docs/cd/sistema\\_interamericano\\_de\\_derechos\\_humanos/index\\_HADFE.html](http://www.oas.org/es/cidh/expresion/docs/cd/sistema_interamericano_de_derechos_humanos/index_HADFE.html)>. Acesso em: 25 set. 2017.
- (4) Resp 1640084.
- (5) CASARA, Rubens. Apud.

**Lorena Machado do Nascimento**  
Pós-Graduada em Direito Penal Econômico pela  
Universidade de Coimbra/IBCCRIM.  
Pós-Graduada em Direito Penal e  
Direito Processual Penal pela UCAM/RJ.  
Assessora Especial da Presidência do IBADPP.

# FERRAJOLI, Luigi<sup>(1)</sup> - Direito e Razão: teoria do garantismo penal

Sérgio Ricardo de Freitas Cruz

## 1. O que é garantismo para Ferrajoli?

Uma primeira acepção é a de que o garantismo designa um modelo normativo de Direito. Em um contexto político, mostra-se como uma técnica de tutela capaz de minimizar a violência e de maximizar a liberdade; e, no plano jurídico, como um sistema de vínculos impostos à potencialidade punitiva do Estado em garantia aos direitos dos cidadãos. Em consequência, é garantista todo sistema penal que se ajusta normativamente a tal modelo e o satisfaça de maneira efetiva.

Em outro posicionamento, o garantismo designa uma teoria jurídica de validade e efetividade como categorias distintas não somente entre si, mas também como da existência e vigência das normas. Nesse contexto, garantismo expressa uma aproximação teórica que mantém separados o ser e o dever ser em Direito. Dessa forma, o juiz não tem obrigação jurídica de aplicar as leis inválidas (incompatíveis com o ordenamento constitucional), ainda que estas se encontrem vigentes.

Existe um terceiro ponto de vista designando que o garantismo se estabelece com a filosofia política que impõe ao Direito e ao Estado certa carga de justificação externa a partir dos bens jurídicos e dos interesses cuja tutela e garantia se constituam em sua finalidade.

## 2. O que é punir?

A discussão teórica sobre a pena é anterior a **Ferrajoli**, a quem chamo *permissa vênia*, de “filho da Constituição italiana de 1947”, tal como **Robert Alexy** é “filho da Constituição alemã” de 1949. É indiscutível o abalo ético/moral do assombro da Segunda Guerra Mundial e sua relação com o punir. **Ferrajoli** chama de ético/político, optando por uma saída mesmo axiológica.

O campo do debate é escorregadio ao extremo: ético e político, remetem, segundo Ferrajoli a duas palavras: “se” e “porquê”. Ao insistir no campo político, por tal, frisamos que ele é filho de uma Constituição confeccionada à sombra da monstruosidade da Segunda Guerra, revela a forma como os “aboliconistas” da pena a entendem: quem possui o poder legítimo de punir? O Estado? Qual instituição possui tal poder?

Punir, desde **Beccaria** é a sanção imposta pelo Estado ao indivíduo que descumpra regulamento de um ordenamento jurídico. Antes de **Beccaria**, ou seja, antes do século XVIII, punir era tido como processo de expiação com participação da Igreja que possuía outorga e legitimidade

para aplicar as sanções punitivas. Aqui citamos o livro de **Michel Foucault** *Vigiar e punir* (1975), que descreve a punição como forma de expurgar o pecado ou o delito, punindo o corpo e salvando a alma.

Que limite possui o legitimado de punir? O fato de lembrarmos que Ferrajoli expressa um entendimento constitucional, melhor, uma capilaridade constitucional que pensa a pena sobre certo olhar “garantista”, que por vezes falta no *jus puniendi*, é indício de uma análise do autor com relação às garantias fundamentais e não apenas ao Direito Penal.

O autor discute a questão do *punishment* desde aquilo que ele chama de o “bom selvagem”, aludindo ao livro de **Rousseau** *Do contrato social* (1762). **Ferrajoli** faz sua análise do ponto de vista filosófico e político, não apenas de Rousseau, mas também de **Marx**, dos anarquistas utópicos franceses, **Stirner** e outras escolas que se mesclam em ideologias de perspectivas aboliconistas.

## 3. O bom homem e a utopia

**Ferrajoli** critica tanto a posição dos anarquistas quanto as posições holísticas, estas últimas como deslegitimação do Direito Penal. A crítica de **Ferrajoli** contempla o anacronismo teórico dos extremos, anarquia, anomia, *versus* falta de fundamentação teórica que contemple o ideal do bom homem, do homem selvagem, puro e sem *animus necandi*.

O ponto favorável que **Ferrajoli** encontra no extremo das duas teorias é exatamente a falta de compreensão entre direito e moral. Na realidade, **Ferrajoli** mostra os erros que podem advir da anomia e do minimalismo político que corre para um caráter heurístico e metodológico.

Aqui é cabível minha observação sobre o fato de **Ferrajoli** possuir um olhar para seu tempo e para seu ordenamento jurídico. Vejamos. A Constituição Italiana incorporou sob formas de limites ao poder punitivo do Estado a maior parte das garantias penais e processuais. É uma Constituição rígida em duplo sentido. A modificação de suas normas só é possível mediante procedimentos especiais. (Excluem as leis ordinárias que com ela contrastam). Essas leis são suscetíveis de revogação mediante pronunciamento de inconstitucionalidade por parte da corte Constitucional, uma vez chamada a apreciar essa matéria. A estrutura do nosso ordenamento é aquela de um “Estado de direito” em sentido estrito, onde o exercício do poder Judiciário, Legislativo e Executivo está subordinado aos vínculos de legalidade formais e substanciais.

Ao percebermos que o homem não é bom por natureza, cai a utopia de um princípio de anomia. As doutrinas absolutas ou retributivistas foram divididas tendo como parâmetro o valor moral, destacado por **Kant**, ou jurídico, destacado por **Hegel**, conferido à retribuição penal.

As doutrinas absolutas fundam-se todas na expressão de que é justo transformar mal em mal, princípio este que está à base do arcaico instituto da vingança de sangue, comum a ordenamentos primitivos. Fundamentam a existência da pena unicamente no delito praticado. Tal concepção gira em torno de três ideias fundamentais de caráter religioso, quais sejam, vingança, expiação e reequilíbrio entre pena e delito.

#### 4. Retribuição

**Kant** (1724) “sustentava ser a pena a retribuição justa desprovida de finalidade, representando a causação de um mal como compensação à infração penal cometida”, tendo como pressuposto o fato de o ser humano ser considerado moralmente livre, com capacidade de se autodeterminar. Já **Hegel** (1770-1831), “embora inserido na mesma corrente, possuía visão diferenciada, afirmando que deve a pena ser considerada retribuição apenas no sentido de que se contrapunha ao crime” (pp.205-206).

#### 5. Utilitarismo

**Ferrajoli** constrói várias teses e teorias, classificando-as, pelas quais procura expor a distinção entre direito e moral. Numa dessas classificações, elabora três teses axiológicas fundadas no utilitarismo jurídico, que são abordadas no Direito Penal. Essas teses são concebidas no delito, no processo e na pena.

Na vertente do *delito*, em que aborda a legislação, diz que não importa ao Direito impor a moral, mesmo que seja *uma determinada* moral. Deve haver, ademais, *ofensa a bens jurídicos alheios*, para que a conduta seja tida como de natureza penal, pois não é possível ao Estado *impor uma vida moral*, já que o objetivo é a tutela da segurança, impedindo que os indivíduos cometam danos uns aos outros.

Por fim, quanto à *pena* e sua *execução*, não deve haver nem conteúdos nem finalidades morais. O Estado não tem o direito de obrigar os cidadãos a não serem ruins, nem, muito menos, de alterar a sua personalidade (reeducar, ou redimir, ou recuperar, ou ressocializar). A chave é a de que o cidadão tem o dever de não cometer fatos delituosos; e o direito de ser internamente ruim e de permanecer aquilo que é. Pode parecer até incompreensível, para leigos, que assim deve ser. Aliás, não faz muito se cogitou de esterilizar doentes mentais ou estupradores. Ser contrário a isso, no sentido de entender que o Estado não tem esse direito, não há de significar, jamais, justificar o mal/dano cometido por qualquer indivíduo.

Nesses termos, o Estado não deve se intrometer nas consciências, nem nos pensamentos, a despeito de ser possível saber tudo sobre todos no mundo da internet, até seus cliques virtuais, inclusive onde esteve ou está durante todo o tempo.

#### 6. Metaética

Enquanto a ética se preocupa com a prescrição de valores, a sistematização de princípios e prioridades e a sua justificação, a metaética, a filosofia da ética, tenta explicar o que são os valores, como podem ser justificados (epistemologia da moral) e de que pressupostos metafísicos as diversas teorias éticas dependem.

A verdade, a questão de fundo, diz respeito à concepção metaética da ética. E, aqui, **Ferrajoli** esclarece não pensar que suas teses morais – a começar por aquelas relativas aos fundamentos dos direitos fundamentais – sejam *verdadeiras* e que tampouco sejam ou devam ser universalmente compartilhadas.

#### 7. Estado

Para o fim de entender a intervenção estatal, recorreremos ao balizamento apresentado pelo “Garantismo Penal” de **Luigi Ferrajoli**.

- (i) revisão da *teoria da validade*: Diferenciando *validade/material* e *vigência/formal* das normas jurídicas;
- (ii) distinção entre as dimensões da Democracia entre formal e substancial, tendo os Direitos Fundamentais como índice;
- (iii) ratificação do lugar de garante do magistrado em uma Democracia mediante a sujeição do juiz à lei, não mais pela mera legalidade, mas da estrita legalidade, na qual a validade da norma (princípio e regra) deve guardar pertinência material e formal com a Constituição da República; e
- (iv) revisão do papel crítico da *ciência jurídica* não mais com a missão exclusivamente descritiva, mas acrescentando contornos críticos e de projeção ao futuro. Supera, assim, a noção meramente técnica, a saber, reconhece a responsabilidade do ator jurídico e não de singelo aplicador da norma.

Essa perspectiva teórica encontra esteio na Constituição da República, dado que baseada na dignidade da pessoa humana, entendida na matriz kantiana, e nos Direitos Fundamentais, os quais devem ser respeitados, efetivados e garantidos, sob pena da deslegitimação democrática das instituições. Em face da supremacia constitucional dos direitos indicados no corpo de Constituições rígidas ou nela referidos (CR, art. 5º, § 2º, incluídos os documentos internacionais de Direitos Humanos), como a brasileira de 1988, e do princípio da legalidade, a que todos os poderes estão submetidos, emerge a necessidade de garantir esses direitos a todos os sujeitos, principalmente os processados criminalmente, pela peculiar situação que ocupam. Há filiação à tradição de defesa dos Direitos Individuais em face do Estado, na linha iluminista, sem se descuidar das contingências históricas. Nesse pensar, **Ferrajoli** aponta quatro classes de direitos:

- (i) **Direitos Humanos**, que são os direitos primários das pessoas e concernem indistintamente a todos os seres humanos;
- (ii) **Direitos públicos**, que são os direitos primários reconhecidos somente aos cidadãos;
- (iii) **Direitos civis**, que são direitos secundários adstritos a todas as pessoas humanas capazes de agir, tais como a liberdade de contratar, de negociar, de escolher e trocar de trabalho, vinculados à autonomia privada, na matriz capitalista de mercado; e
- (iv) **Direitos políticos**, que são direitos secundários reservados exclusivamente aos cidadãos, em que se baseiam a representação e a democracia política.

A *Teoria Garantista* representa ao mesmo tempo o resgate e a valorização da *Constituição* como documento *constituente* da sociedade. Esse resgate constitucional decorre justamente da necessidade da existência de um núcleo jurídico irreduzível/fundamental capaz de estruturar o Sistema Jurídico, fixando a forma e a unidade política das tarefas estatais, os procedimentos para resolução de conflitos emergentes, elencando os limites materiais do Estado, as garantias e direitos fundamentais e, ainda, disciplinando o processo de formação político-jurídico do Estado, aberto ao devir.

A Constituição é uma disposição fundante da convivência e fonte da legitimidade estatal, não sendo vazio, mas uma coalizão de vontades com conteúdo, materializado pelos *Direitos Fundamentais*. A história do constitucionalismo, diz **Ferrajoli**, é a progressiva ampliação da esfera pública de direitos, de conquistas e rupturas. Em outras palavras, a Constituição, nesta concepção garantista, deixa de ser meramente normativa (formal), buscando resgatar o seu próprio conteúdo formador, indicativo do modelo de sociedade que se pretende e de cujas linhas as práticas jurídicas não podem se afastar, inclusive no âmbito do Direito e do Processo Penal.

Como primeira emanção normativa do Estado, aponta os limites e obrigações, sem se perder de vista que é no processo de atribuição de sentido (concretização) que se realiza.

No campo do Direito Penal o manejo do poder no Estado Democrático de Direito deve se dar de maneira controlada, evitando-se a arbitrariedade dos eventuais investidos no exercício do poder Estatal. Dessa forma, para que as sanções possam se legitimar democraticamente precisam respeitar os Direitos Fundamentais, apoiando-se numa cultura igualitária e sujeita à verificação de suas motivações, porque o poder estatal deve ser limitado, a saber, somente pode fazer algo - por seus agentes - quando expressamente autorizado.

Assim é que no modelo ideal de **Ferrajoli** são indicados *onze princípios* necessários e sucessivos de legitimidade do sistema penal e, desta forma, da sanção. São eles: *pena, delito, lei, necessidade, ofensa, ação, culpabilidade, jurisdição, acusação, prova e defesa*. A ausência de um deles torna a resposta estatal, lida a partir do Garantismo, ilegítima, constituindo, cada um (dos princípios), *condição da responsabilidade penal*. São, assim, *prescritivas* de regras processuais ideais ao modelo garantista sem que o seu preenchimento na totalidade obrigue uma sanção; mas o contrário, pois somente com o preenchimento das implicações deontológicas do modelo é que o sistema está autorizado a emitir um juízo condenatório.

A classificação divide-se em: a) *garantias penais*: “delito”, “lei”, “necessidade”, “ofensa”, “ação” e “culpabilidade”; e b) *garantias processuais*: “jurisdição”, “acusação”, “prova” e “defesa”. Em sendo a “pena” excluída do rol de garantias, por ser apenas uma possibilidade ao cabo do processo, o modelo ideal *full* é composto por dez axiomas, vertidos em latim: A1 *Nulla poena sine crimine*/ A2 *Nullum crimen sine lege*/ A3 *Nulla Lex (poenalis) sine necessitate*/ A4 *Nulla necessitas sine injuria*/ A5 *Nulla injuria sine actione*/ A6 *Nulla actio sine culpa*/ A7 *Nulla culpa sine iudicio*/ A8 *Nullum iudicium sine accusatione*/ A9 *Nulla accusatio sine probatione*/ A10 *Nulla probatio sine defensione*.

Esses princípios garantistas podem ser vertidos em axiomas, respectivamente: 1) princípio da *retributividade* ou da consequencialidade da pena em relação ao delito; 2) princípio da *legalidade*, no

sentido *lato* ou no sentido *estrito*; 3) princípio da *necessidade* ou da economia do direito penal; 4) princípio da *lesividade* ou da ofensividade do evento; 5) princípio da *materialidade* ou da exterioridade da ação; 6) princípio da *culpabilidade* ou da responsabilidade pessoal; 7) princípio da *jurisdicionalidade*, também no sentido *lato* e no sentido *estrito*; 8) princípio *acusatório* ou da separação entre juiz e acusação; 9) princípio do *ônus da prova* ou da verificação; 10) princípio do *contraditório* com participação de defesa ou da falseabilidade.

## 8. Conclusão

A teoria do garantismo penal mostra-se importante por permitir uma crítica das ideologias, evidenciando que a lei penal e a execução da pena devem atender aos anseios daqueles a que se destinam, eis o ponto crucial dessa obra de **Ferrajoli**.

## Referências

- FERRAJOLI, Luigi. *Los fundamentos de los derechos fundamentales*. Madrid: Trotta, 2001.
- \_\_\_\_\_. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. Tradução: Ana Paula Zomer Sica e outros. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- ZAFFARONI, E. R.; PIERANGELI, J. H. *Manual de direito penal brasileiro: parte geral*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

## Nota

- (1) Luigi Ferrajoli (Florença, 6 de agosto de 1940) é um jurista italiano e um dos principais teóricos do Garantismo, definindo-se a si próprio como um juspositivista crítico. Atuou como juiz entre 1967 e 1975, período em que esteve ligado ao grupo “Magistratura democrática”, uma associação de juizes de orientação progressista. A partir de 1970, foi professor de Filosofia do Direito e Teoria Geral do Direito na Universidade de Camerino, onde também foi diretor da “Facoltà di giurisprudenza” (Faculdade de Direito). Desde 2003, leciona na Universidade de Roma Tre. Publicou diversas obras, com especial atenção ao juspositivismo jurídico, sendo a principal delas *Direito e razão: teoria do garantismo penal*.

**Sérgio Ricardo de Freitas Cruz**  
Doutorando e mestre em Direito pelo  
Centro Universitário de Brasília.

COM A PALAVRA, A ESTUDANTE

# Análise da proporcionalidade da castração química como medida punitiva para crimes de ordem sexual

*Marcela Verdade Costa Amaral*

Artigo baseado no Projeto de Iniciação Científica individual apresentado à Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP), intitulado “Seleção genética e Eugenia: uma análise constitucional do projeto de lei 5398/2013”, sob orientação do **Prof. Dr. Roberto Baptista Dias da Silva** e fomento do CNPq.

A castração ou esterilização é método físico ou químico de mutilação sexual que priva uma pessoa de sua capacidade sexual e reprodutiva. Atualmente, a forma química é feita com o medicamento Depo-Provera, que pode trazer, como efeitos indiretos, depressão, queda de cabelo, perda de massa muscular, fadiga crônica, impotência sexual irreversível etc.

A castração esteve presente ao longo da história humana, marcando o exercício da eugenia negativa, como forma de impedir que os considerados “degenerados” se reproduzissem; atualmente, se articula para uma reconstrução de seu conceito. Retoma-se o estigma do direito canônico, do caráter retributivo e vingativo da pena, que advém da confusão entre as noções de crime e pecado, para se apresentar como pena proposta aos criminosos – degradados sociais –, em proteção à sociedade.

É recorrente no Brasil a propositura de projetos de lei que pretendem o controle de crimes sexuais a partir da castração química, considerando emergencial o estado da criminalidade, que não se vê controlada pelo

Estado. Essas proposições pedem uma resposta rápida e de contenção absoluta da criminalidade, apresentando justificativas semelhantes, que demonstram a falta de conhecimento sobre o procedimento proposto.

Em 2002, a Câmara dos Deputados propôs, em nome de Wígberto Tartuce, do PPB-DF, o Projeto de Lei 7021, para modificação dos artigos 213 e 214 do Código Penal, substituindo a pena de retenção para a castração química. Em 2007, o Senado Federal apresentou, por Gerson Camata do PMDB/ES, a proposta de lei 552, que propunha a castração química para os considerados pedófilos. Em 2013, o Projeto de Lei 5398, proposto na Câmara dos Deputados em 2013, pelo deputado Jair Bolsonaro, prevê o aumento da “pena para os crimes de estupro e estupro de vulnerável” e “exige que o condenado por esses crimes conclua tratamento químico voluntário para inibição do desejo sexual como requisito para obtenção de livramento condicional e progressão de regime”.<sup>(1)</sup>

A regra da proporcionalidade<sup>(2)</sup> é composta por três sub-regras ordenadas de acordo com a subsidiariedade existente entre elas: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. A adequação verifica se a medida proposta fomenta o fim pretendido; a necessidade verifica a existência de outras medidas que fomentem o fim na mesma intensidade, sendo necessária a medida menos danosa; e, por fim, a proporcionalidade em sentido estrito, que consiste no sopesamento entre a intensidade da restrição ao direito fundamental atingido e a importância da realização do direito fundamental que com ele colide e que fundamenta a adoção da medida restritiva.<sup>(3)</sup>

Para analisarmos a proporcionalidade da medida de castração química, é preciso identificar o direito que se pretende defender, que é a segurança da sociedade frente à possibilidade de reincidência de crime sexual por condenado. A primeira etapa desta análise é a adequação. A castração química fomenta o impedimento à reincidência do condenado; e visto que uma medida somente pode ser considerada inadequada se sua utilização não contribuir em nada para fomentar a realização do objetivo pretendido, a castração química é adequada.

Para averiguar a necessidade, é preciso entender que as práticas de abuso sexual são problemas crônicos e multifacetários, que remetem à estrutura precária do Brasil em diferentes aspectos, principalmente no educacional. Pelas justificativas formuladas, percebe-se que o legislador considera tais crimes como resultantes unicamente do fator biológico, inferindo que, com a castração química, não haverá reincidência da prática criminosa.

A efetividade da medida punitiva não reside na exposição ou prejudicialidade do condenado, mas na profundidade e complexidade

da afetação das causas influenciadoras ou permissivas do crime. Comprovado por casos relatados, o condenado esterilizado que não quer de fato sua recuperação é capaz de praticar crimes sexuais, demonstrando a superficialidade e ineficácia da medida.

Assim, a esterilização fomenta o fim pretendido com pouca intensidade. Outras medidas apresentam-se muito mais efetivas à não reincidência do condenado, e muito menos danosas, como, por exemplo, psicoterapia e acompanhamento cognitivo comportamental. Portanto, a castração química não é medida necessária.

Tratando-se de análise pela regra da proporcionalidade, a subsidiariedade das sub-regras não contaria com a análise da proporcionalidade em sentido estrito, porque a medida já seria desproporcional. Mas, considerando que a medida fosse necessária, passaremos à análise da última sub-regra.

A castração química lesiona fundamentalmente liberdade, integridade pessoal – física, psíquica e moral – e dignidade humana (art. 5º e 1º, III); a vedação à tortura (art. 5º, III) e a impossibilidade de penas de caráter perpétuo e cruel (art. 5º, XLVII) demonstram a proibição de tal tipo de medida para o ordenamento jurídico brasileiro. O direito tutelado, em tese, é proteção à segurança pública (art. 6º); mas, ainda que a segurança pública fosse beneficiada pela medida proposta, um nível menor de proteção não justifica o atentado direto à dignidade da pessoa humana proposto, restando contrária à proporcionalidade em sentido estrito e, dessa forma, medida desproporcional.<sup>(4)</sup>

Portanto, a castração química como medida punitiva em razão de crime sexual cometido não é coerente com o sistema jurídico brasileiro, não podendo compor punição por crime praticado.

## Notas

- (1) Explicação da ementa do Projeto de Lei 5398/2013. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=572800>>. Acesso em: jul. 2017.
- (2) Alexy afirma que os subelementos da proporcionalidade “devem ser classificados como regras”, e cita como entendimento semelhante a posição de Haverkate (Cf. HAVERKATE, Görg. *Rechtsfragen des Leistungsstaats*, p. 11), segundo a qual a forma de aplicação da proporcionalidade e de suas sub-regras é a subsunção.
- (3) SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. *Revista dos Tribunais*, n. 798, 2002, p. 23.
- (4) Id., *ibid*, p.27.

**Marcela Verdade Costa Amaral**  
Estudante de Direito.

BOLETIM IBCCRIM - ISSN 1676-3661

COORDENADOR-CHEFE: Fernando Gardinali Caetano Dias.

COORDENADORES ADJUNTOS: Daniel Paulo Fontana  
Bragagnollo, Danilo Dias Ticami e Roberto Portugal de Biazzi.

EDITORES IBCCRIM: Rafael Vieira, Tainara Lira e Willians Meneses.

### CONSELHO EDITORIAL:

Acacio Miranda Filho, Amélia Emy Rebouças Imasaki, Anderson Bezerra Lopes, André Azevedo, André Felipe Pellegrino, André Ricardo Godoy, Antonio Baptista Gonçalves, Arthur Sodrê Prado, Átila Machado, Beatriz Jubilut, Bruno Salles, Carlos Garcete, Carlos Viveiros, Christiany Pegorari, Clara Masiero, Daiana Ryu, Daiane Ayumi Kassada, Daniel Del Cid, Daniel Leonhardt, Daniel Nicory, Dayane Fanti, Décio Franco David, Edson Roberto Baptista de Oliveira, Emilia M. Giuliani, Evandro Camilo Vieira, Fernanda Carolina de Araújo, Fernanda Vilares, Frederico Manso Brusamolín, Gabriel Huberman Tyles, Gabriela Gama, Guilherme Suguimori Santos, Henrique Buhl Richter, Hugo Leonardo, Hugo Leonardo Rodrigues Santos, Jacqueline Valles, Jamil Chaim Alves, João Anhê Andorfato, Jorge Nader, Jose Carlos Abissamra Filho, José Roberto Coêlho de Almeida Akutsu, Lévio Scattolini, Luan Nogueu Moyano, Luana Oliveira, Luis Gustavo Sousa, Luiza Gervitz, Luiza Guedes Piráquine, Manoel Alves da Silva Junior, Marco Aurélio Florêncio Filho, Mariana Chies, Matheus Pupo, Milene Maurício, Milene

Cristina Santos, Octavio Orzari, Pedro Beretta, Pedro Augusto Simões da Conceição, Pedro Machado de Almeida Castro, Rachel Lerner Amato, Rafael de Souza Lira, Rafael Fecury Nogueira, Rafael Tiago Silva, Renata Macedo, Ricardo Caiado, Rodrigo Sardenberg, Rogério Taffarello, Rosa Cantal, Salomão Shecaira, Sâmia Zattar, Theodoro Balducci, Thiago Baldani Gomes de Filippo, Thiago Tezani, Verônica Carvalho Rahal, Vitor Hugo da Silva, Vinicius Vasconcellos, Wilson Tavares e Yuri Felix.

### COLABORADORES DE PESQUISA DE JURISPRUDÊNCIA:

Ana Beatriz Tabarelli Krasovic, André Campagnaro Rampinelli, Arthur Inácio, Arthur Martins Soares, Bruna Brandt, Bruna Diamante, Bruno Maurício, Camila Torres Cesar, Caroline Bussoloto de Brum, Caroline Mutaf, Cesar Janoti, Dafne Sena Coutinho Ribeiro, Fábio Suardi D'Elia, Felício Nogueira Costa, Felipe Monea, Frederico Manso Brusamolín, Gabriela Alcarpe, Gabriela Rodrigues Moreira Soares, Giancarlo Silkunas Vay, Ingrid Oliveira, Isabela Perrella, Jairton Ferraz Júnior, Karen Regina Amorim Carmo, Luana Oliveira, Ludmila Bello, Marcela Vieira da Silva, Matheus Pupo, Michelle Pinto Peixoto de Lima, Milene Maurício, Paula Mamede, Pedro Augusto de Padua Fleury, Pedro Fernandes, Pedro Machado de Almeida Castro, Renato Silvestre Marinho, Renato Watanabe de Moraes, Roberta Werlang Coelho Beck, Roberto Mendes Valadão, Rodrigo Olhiara da Silva, Rossana Brum Leques, Stela Valim,

Stephan Gomes Mendonça, Suzane Cristina da Silva, Thais Felix, Thais Marcelino Resende, Verônica Carvalho Rahal, Vivian Peres da Silva e Wilson Tavares de Lima.

COMISSÃO DE ATUALIZAÇÃO DO VOCABULÁRIO BÁSICO CONTROLADO (VBC): Roberto Portugal de Biazzi.

PRODUÇÃO GRÁFICA: Editora Planmark - Tel.: (11) 2061-2797  
[planmark@editoraplanmark.com.br](mailto:planmark@editoraplanmark.com.br)

REVISÃO: FAZENDARIA, Consultoria em recursos humanos, pesquisa e texto Ltda. - ME - Tel.: (11) 3673-7564 - E-mail: [midiafazmal@gmail.com](mailto:midiafazmal@gmail.com).

IMPRESSÃO: Ativaonline - Tel.: (11) 3340-3344

O Boletim do IBCCRIM circula exclusivamente entre os associados e membros de entidades conveniadas. O conteúdo dos artigos publicados expressa a opinião dos autores, pela qual respondem, e não representa necessariamente a opinião deste Instituto.

Tiragem: 4.500 exemplares

### ENDEREÇO DO IBCCRIM:

Rua Onze de Agosto, 52 - 2º andar, CEP 01018-010 - S. Paulo - SP  
Tel.: (11) 3111-1040 (tronco-chave)  
[www.ibccrim.org.br](http://www.ibccrim.org.br)

**DEM AÍ**   **CURSO INTERNACIONAL**

# COMPLIANCE

**DOCENTES NACIONAIS E INTERNACIONAIS**

**DE 6 DE JUNHO  
A 3 DE AGOSTO**

Aulas presenciais ou à distância



**UMA PARCERIA DO IBCCRIM COM  
A UNIVERSIDADE DE COIMBRA**

REALIZAÇÃO



**MAIS INFORMAÇÕES EM BREVE!**  
Acesse [www.ibccrim.org.br](http://www.ibccrim.org.br)

O DIREITO POR QUEM O FAZ

## Supremo Tribunal Federal

Direito Processual Penal. Habeas corpus contra decisão transitada em julgado. Hipótese de conhecimento do writ.

2.<sup>a</sup> Turma

RHC 146.327/RS

j. 27.02.2018 – public. 16.03.2018

Cadastro IBCCRIM 5830

Voto.

### O senhor ministro Gilmar Mendes:

Trata-se de recurso ordinário em habeas corpus impetrado contra decisão judicial transitada em julgado.

Preliminarmente, conheço da ação de habeas corpus, a despeito do entendimento da Segunda Turma do STF.

Quando do julgamento do RHC 121.419, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Segunda Turma, julgado em 2.9.2014, foi decidido que não cabe *habeas corpus* em face de decisão transitada em julgado.

Ao proferir voto-vista no referido recurso em *habeas corpus*, tive a oportunidade de enfatizar que o trânsito em julgado da decisão impugnada não impede o conhecimento, porquanto nem mesmo a Constituição Federal faz tal exigência. Transcrevo:

*“Negar o uso do habeas corpus porque a decisão condenatória transitou em julgado e ao mesmo tempo negar porque cabe outro recurso da decisão coatora é afirmar que o remédio só será cabível contra decisões sem previsão de recurso na lei. O habeas corpus ficaria, na prática, esvaziado. Se, por um lado essas limitações prestigiarão o sistema recursal, por outro, impediriam que questões relevantes relativas ao direito de liberdade fossem prontamente analisadas”.*

Na mesma linha, o Ministro Teori Zavascki, registrou:

*“Gostaria de registrar também a minha plena concordância com a tese de que o habeas corpus contra decisão transitada em julgado, em princípio, não é vedado. Nada impede, inclusive, que ele faça as vezes de revisão criminal naquilo em que na própria revisão criminal é possível”.*

Esse, no entanto, não foi o entendimento do colegiado, recentemente reiterado, contra meu voto – HC-AgR 144.323, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Segunda Turma, julgado em 21.8.2017.

Com a devida vênia, tenho que a ação de habeas corpus é cabível na espécie por ser mais célere e benéfica ao paciente, e ainda porque está autorizada a impetração nos termos do art. 648, VI, do Código de Processo Penal, quando alegada nulidade absoluta, insanável.

No caso concreto, ademais, os condenados propuseram revisão criminal, a qual não foi movimentada no Tribunal Regional desde abril deste ano (Revisão Criminal 0001036-69.2016.404.0000).

Em suma, a negativa da utilização da ação de habeas corpus dificulta a defesa do direito dos privados de liberdade por condenação alegadamente injusta.

Proponho, portanto, o conhecimento da ação.

No mérito, no entanto, não assiste razão ao recorrente. A alegação que fundamenta a ação e o recurso é de que a tese da reparação do dano teria sido levantada em apelação, não avaliada pela Corte Regional.

Verifico que a reparação do dano foi mencionada *en passant*, em dois parágrafos das razões de apelação. Em um deles, afirmou-se que, pagas as multas administrativas, a condenação representaria *bis in idem*. Em outro, invocou-se a alegação de reparação do dano para pleitear a redução da pena.

Não verifico, no acórdão, o enfrentamento expresso das teses mencionadas. Entretanto, isso não significa que a decisão é nula.

Em primeiro lugar, a omissão ao enfrentamento de tese arguida pela parte deve ser sanada em embargos de declaração (art. 619 do CPP). Se havia tese relevante não enfrentada, a defesa falhou ao deixar de opor os embargos.

Em segundo lugar, a alegação foi lacônica. Como já dito, a defesa menciona o pagamento *en passant*, em dois parágrafos das razões de apelação.

Em terceiro lugar, não está demonstrado que a alegada reparação fora comprovada nos autos. A defesa exhibe certidão, dando conta de pagamentos a título de danos morais coletivos e verbas rescisórias a Jucevir Alves, posterior ao trânsito em julgado. (eDOC 29) Não está claro se a alegação estava devidamente comprovada daquela feita.

Em quarto lugar, a alegação de reparação do dano não foi associada a fundamento jurídico que claramente viesse em favor da defesa.

A alegação de *bis in idem* entre a reparação do dano e a pena não é compatível com a consagrada autonomia das instâncias cível e penal.

Quanto à aplicação da pena, foi mantida no mínimo legal na primeira e segunda fase da dosimetria. Logo, não seria relevante considerar a reparação como circunstância judicial.

Na melhor das hipóteses, o caso seria de arrependimento posterior – art. 16 do CP; no entanto, não resta claro que os

O DIREITO POR QUEM O FAZ

Supremo Tribunal Federal \_\_\_\_ 2101

Supremo Tribunal Federal \_\_\_\_ 2102

JURISPRUDÊNCIA

Supremo Tribunal Federal \_\_\_\_ 2104

Superior Tribunal de Justiça \_\_\_\_ 2106

Tribunal Regional Federal da

3ª Região \_\_\_\_ 2107

Tribunais de Justiça \_\_\_\_ 2108

requisitos pra tanto estejam configurados.

Sob esse aspecto, a certidão não demonstra a reparação do dano. Ao que se percebe do relatório da apelação, pelo menos três trabalhadores foram vítimas do delito. A certidão aponta para o pagamento de verbas trabalhistas a apenas um deles.

Além disso, é relevante o fato de que as questões de mérito que não teriam sido apreciadas nas instâncias inferiores, na visão dos recorrentes, estão sendo impugnadas, a tempo e modo, por essas instâncias – atualmente pelo TRF da 4ª Região –, tendo em vista o ajuizamento de revisão criminal e a interposição de agravos em execução. (eDOC 12, p. 2-6)

Em suma, a alegação foi deduzida nas razões de apelação, mas sem estar claramente conectada a ponto de interesse, e não foi reiterada em embargos de declaração. Mesmo agora, não está claro que a alegação seja procedente, visto que a reparação do dano não está adequadamente comprovada. Não há nulidade a ser reconhecida no acórdão condenatório do Tribunal Regional Federal.

Ante o exposto, voto por conhecer da ação de *habeas corpus*, mas **negar provimento** ao recurso ordinário.

Outrossim, proponho seja recomendada celeridade ao relator da Revisão Criminal 0001036-69.2016.404.0000.

#### Voto (s/ preliminar).

##### O senhor ministro Dias Toffoli:

Senhor Presidente, sempre votei, desde que aqui entrei, pela ampla cognoscibilidade do *habeas corpus*, inclusive, em casos teratológicos, em favor de condenados com decisão já transitada em julgado. Tive oportunidade de assistir a julgamentos históricos, nesta Turma e no Plenário, e a discussões a respeito

do tema. Sempre devotei a maior atenção aos posicionamentos de José Paulo **Sepúlveda Pertence**, que sempre defendeu essa ampla cognoscibilidade, sempre citando bons exemplos.

Imagine que venha uma *abolitio criminis* de alguém que está condenado e que, depois, ele tente reverter essa situação. Que instrumento ele vai usar? Já passou a revisão criminal, já passou tudo, mas ele se mantém preso...

O *habeas corpus* tem de ter uma ampla cognoscibilidade, sempre defendi e continuo defendendo e, enquanto eu estiver aqui nesta cadeira, estarei defendendo a ampla cognoscibilidade do *habeas corpus*.

Eu já disse e volto a dizer, desde o Código de Processo Penal do Império: não é “possível” ao juiz, é “dever” do juiz, sempre que estiver diante de uma ameaça à liberdade de ir e vir do cidadão, em qualquer juízo, instância ou tribunal, conceder a ordem de *habeas corpus*. Isso é da essência do Estado Democrático de Direito e é da essência de todo aquele legado que temos e em que construímos a nossa cidadania, a nossa liberdade. E o Estado nacional brasileiro já foi, no passado, muito afetado por situações de desrespeito a essas garantias. E nós, como Suprema Corte, não podemos fechar as portas a esse acesso.

Com as devidas vênias - e aqui nem são vênias aos eminentes Colegas aqui presentes – mas daqueles que, seja na teoria jurídica, na doutrina ou na judicatura, pensem o contrário, eu reafirmo minha vocação na defesa do *habeas corpus*. Não me custa nada julgar *habeas corpus*. Eu trabalho, recebo os *habeas corpus* e julgo: “Ah, está aumentado muito o número”? Está, mas estamos trabalhando, estamos atendendo a essa demanda.

**Gilmar Mendes**  
Relator

2102

## Supremo Tribunal Federal

**Crime de desacato. Prisão preventiva. Controle de convencionalidade. Art. 13 da Convenção Americana de Direitos (Pacto de São José). Liberdade de expressão e do pensamento.**

2.ª Turma

HC 141.949/ DF

j. 13.03.2018 – “decisão não publicada”

Cadastro IBCCRIM 5831

#### Voto (vencido).

##### O senhor ministro Edson Fachin:

Saúdo o bem lançado relatório proferido pelo e. Ministro Gilmar Mendes.

O cerne da impetração consiste na análise de compatibilidade entre o crime de desacato, previsto no art. 299 do Código Penal Militar, e a Constituição da República, lida em conjunto com os tratados de direitos humanos de que a República Federativa do Brasil faz parte.

A leitura conjunta de ambos os diplomas normativos é indispensável para que se leve a sério o disposto no art. 5º, §

2º, da CRFB, também conhecido por “cláusula de abertura”. Não deve o intérprete partir do pressuposto de que há eventual incompatibilidade entre a Constituição e o Pacto de São José da Costa Rica, como se, por meio de uma simples referência à hierarquia normativa, a *ratio decidendi* das decisões dos órgãos de direitos humanos pudesse simplesmente ser olvidada.

É desnecessário, pois, falar-se em controle de convencionalidade no direito brasileiro, porquanto a cláusula constitucional de abertura, art. 5º, § 2º, da CRFB, incorpora no bloco de constitucionalidade os tratados de direitos humanos de que faz parte a República Federativa do Brasil.

Nesse sentido, quando do julgamento da ADI 4.439, sobre o ensino religioso em escolas públicas, assentei que:

“Os tratados de direitos humanos, na linha do disposto no art. 5º, § 2º, da CRFB, têm natureza constitucional. Essa afirmação, ao implicar uma equiparação hierárquica entre as fontes dos direitos fundamentais e dos direitos humanos, impõe que a atividade judicante exercida por este Tribunal e pelos Tribunais de Direitos Humanos seja efetivamente dialógica e complementar. Noutras palavras, não há necessária submissão de uma ordem à outra. Com efeito, o

*direito a ser significado por um Tribunal é objeto de uma pluralidade de compreensões, a revelar típico desacordo moral razoável, na conhecida aceção de Jeremy Waldron.*

*A solução, em casos tais, deve ser a que melhor se adequa à fundamentação democrática do estado constitucional, ou seja, não apenas a que dê primazia à pessoa humana, fundada no princípio pro homine, mas a que tenha em conta o valor igual de cada pessoa em dignidade.”*

Assim, mais importante do que saber se, por força do disposto no Artigo 62 do Pacto de São José, ou pela aplicação do princípio da interpretação evolutiva do Artigo 31, § 3º, da Convenção de Viena, são ou não obrigatórios os precedentes do Sistema Interamericano, é investigar as razões pelas quais determinada conduta é ou não incompatível com a proteção dos direitos humanos.

É certo que, ao contrário do que lamentavelmente assentou o Superior Tribunal de Justiça, quando do julgamento do HC 379.269, Rel. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Rel. para o Acórdão Ministro Antonio Saldanha Palheiro, Terceira Seção, DJe 30.06.2017, a função da Comissão Interamericana, ao interpretar as normas do sistema interamericano, corrobora para a correta interpretação da Convenção, contribuindo decisivamente para a atividade jurisdicional dos Estados e da Corte.

Os órgãos do sistema interamericano registraram, em diversas oportunidades, que os chamados delitos de desacato são incompatíveis com o direito à liberdade de expressão e pensamento, tal como expresso no Artigo 13 do Pacto de São José:

*“Artigo 13. Liberdade de pensamento e de expressão:*

*1. Toda pessoa tem direito à liberdade de pensamento e de expressão. Esse direito compreende a liberdade de buscar, receber e difundir informações e ideias de toda natureza, sem consideração de fronteiras, verbalmente ou por escrito, ou em forma impressa ou artística, ou por qualquer outro processo de sua escolha.*

*2. O exercício do direito previsto no inciso precedente não pode estar sujeito a censura prévia, mas a responsabilidades ulteriores, que devem ser expressamente fixadas pela lei e ser necessárias para assegurar:*

*a) o respeito aos direitos ou à reputação das demais pessoas; ou*

*b) a proteção da segurança nacional, da ordem pública, ou da saúde ou da moral públicas.*

*3. Não se pode restringir o direito de expressão por vias ou meios indiretos, tais como o abuso de controles oficiais ou particulares de papel de imprensa, de frequências radioelétricas ou de equipamentos e aparelhos usados na difusão de informação, nem por quaisquer outros meios destinados a obstar a comunicação e a circulação de ideias e opiniões.*

*4. A lei pode submeter os espetáculos públicos a censura prévia, com o objetivo exclusivo de regular o acesso a eles, para proteção moral da infância e da adolescência, sem prejuízo do disposto no inciso 2.”*

No Informe sobre *la Compatibilidad entre las Leyes de Desacato y la Convención Americana sobre Derechos Humanos* (OEA/ ser L/V/II.88, Doc. 9 ver (1995)), a Comissão Interamericana assentou que *“a penalização de qualquer tipo*

*de expressão só pode aplicar-se em circunstâncias excepcionais nas quais exista uma ameaça evidente e direta de violência anárquica”* e que, por isso, *“a proteção especial que as leis de desacato dão aos funcionários públicos contra uma linguagem insultante ou ofensiva é incongruente com o objetivo de uma sociedade democrática de fomentar o debate público”*.

A Corte Interamericana, no caso *Palamara Iribarne v. Chile* (sentença de 22 de novembro de 2005) afirmou que *“a legislação sobre desacato aplicada ao senhor Palamara Iribarne estabelecia sanções desproporcionais por realizar críticas sobre o funcionamento das instituições estatais de seus membros, suprimindo o debate essencial para o funcionamento das instituições estatais”* (par. 88).

Tal desproporcionalidade é aferida pela aplicação do chamado teste tripartite que examina eventual restrição sancionada à liberdade de expressão como dependente (i) de sua definição precisa e clara em lei preexistente; (ii) de terem por objetivo um valor reconhecido no próprio Pacto de São José; (iii) de serem necessário para a realização dos fins a que se destina uma sociedade democrática (veja-se, por exemplo, *Caso Kimel v. Argentina*, Sentença de 2 de maio de 2008). Como norte dessa interpretação é preciso ter-se em conta, ainda, que a necessidade quando interpretada em relação aos funcionários públicos é mais restrita, ao passo que o direito à liberdade de expressão é visto como um dos pilares da construção de uma sociedade democrática.

Em Outubro de 2000, a Comissão Interamericana aprovou a Declaração de Princípios sobre Liberdade de Expressão prevê, em seu Artigo 11 que *“os funcionários públicos estão sujeitos a maior escrutínio da sociedade. As leis que punem a expressão ofensiva contra funcionários públicos, geralmente conhecidas como “leis de desacato”, atentam contra a liberdade de expressão e o direito à informação”*.

O Banco Mundial, por sua vez, em seu informe anual de 2002 sobre o desenvolvimento, afirma que *“as leis de desacato são particularmente restritivas e protegem grupos seletos como a realeza, políticos e funcionário do governo frente às críticas. Normalmente, as leis de desacato tipificam como delito penal o atentar contra a honra e a dignidade ou reputação desses indivíduos ou instituições seletas, sem ter em conta a verdade”*.

No Informe de 2002, a Relatoria Especial sobre a Liberdade de Expressão da Comissão Interamericana de Direitos Humanos foi ainda mais longe afirmando que sequer para os delitos contra a honra deveriam ser aplicadas as regras do direito penal: *“o reconhecimento do fato de que os funcionários públicos estão sujeitos a um menor e não um maior grau de proteção frente às críticas e ao escrutínio público significa que a distinção entre pessoas públicas e privadas deve efetuar-se também nas leis ordinárias sobre difamação, injúrias e calúnias”* (par. 17). Acrescentou, ainda, que *“a Comissão considera que a obrigação do Estado de proteger os direitos dos demais se cumpre estabelecendo uma proteção estatutária contra os ataques intencionais à honra e à reputação mediante ações civis e promulgando leis que garantam o direito de retificação ou resposta”*.

É preciso também ter-se em conta que em diversos países das Américas foram revogadas as leis de desacato: Argentina, Paraguai, Costa Rica, Chile, Honduras, Panamá, Guatemala,

Nicarágua e Bolívia. A Corte Constitucional da Guatemala, em 1º de fevereiro de 2006, declarou a inconstitucionalidade dos delitos de desacato. No mesmo sentido, o Tribunal Constitucional boliviano reconheceu, em 20 de setembro de 2012, a inconstitucionalidade da mesma conduta.

Com base nesses precedentes, as Relatorias da Onu e da Comissão Interamericana de Direitos Humanos afirmaram que os debates brasileiros para a elaboração de um novo Código Penal poderiam promover a adequação das disposições do direito interno brasileiro, o que seria “uma medida altamente valorada” (Nota Técnica enviada ao Ministro das Relações Exteriores, em 4 de novembro de 2013).

É evidente que, de modo diverso do que assentou o Superior Tribunal de Justiça no HC 379.269, as inúmeras manifestações dos órgãos do Sistema Americano não são meras recomendações aos Estados-parte, mas, na linha do disposto no art. 31, § 3º, da Convenção de Viena, verdadeira medida de interpretação evolutiva.

Limitar a discussão apenas sobre a força vinculante da atividade dos órgãos do sistema interamericano é, no entanto, desmerecer a autoridade do argumento utilizado por eles.

Com efeito, como indica a decisão da Corte Interamericana no caso Iribarne, é por meio de um juízo de proporcionalidade que se pode aferir a incompatibilidade das leis de desacato com a Convenção. Como se sabe, a análise desse argumento parte do pressuposto de que não há direitos absolutos e que os direitos fundamentais, desde que se atenda a um fim legítimo, podem ser limitados.

Os argumentos da Comissão são os seguintes: a) por expressa previsão do Pacto de São José, a responsabilização ulterior do atos que abusam da liberdade de expressão deve perseguir fins legítimos e estar expressas em leis clara e prévias; b) o critério da necessidade devem ser interpretado tendo-se em conta o marco de uma sociedade democrática, a qual depende de um amplo debate de ideias e opiniões; c) as leis de desacato subvertem o princípio republicano ao outorgar aos funcionários públicos uma proteção maior do que a que gozam as demais pessoas; e d) as leis de desacato podem ter um efeito dissuasivo em quem deseje participar do debate público.

A menos que se subverta por completo os precedentes desta Corte Suprema, é evidente que os argumentos trazidos pelos órgãos do sistema interamericano foram plenamente albergados pelo Supremo Tribunal Federal.

Ressalto, de início, que o e. Ministro Celso de Mello, há muito assenta que, por força do disposto no art. 5º, § 2º, da CRFB, adotou o Brasil o chamado bloco de constitucionalidade, cuja base normativa é, precisamente, não só a Constituição Federal, mas também os tratados e convenções sobre direitos humanos.

Como exemplifica o precedente firmado na ADI 4.815, Rel. Ministra Cármen Lúcia, DJe de 29.01.2016, o caso em que se debatia a exigibilidade de autorização prévia para a publicação de biografias, esta Corte tem atribuído, nas palavras do e. Ministro Roberto Barroso, uma prioridade *prima facie* da liberdade de expressão em relação a outros direitos, como a própria honra e a imagem.

Ademais, em diversas oportunidades, o princípio republicano foi expressamente definido como impondo o rechaço a qualquer tipo de privilégio que um funcionário público possa ostentar em relação às demais pessoas. Como bem assentou o e. Ministro Celso de Mello, o princípio republicano “repele privilégios e não tolera discriminações” (Inq 1400-QO, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 10.10.2003).

Sendo esses os parâmetros para o controle, é, de fato, difícil sustentar que a tipificação do desacato possa conter justificativa válida para restringir a liberdade de expressão.

A doutrina é uniforme no que tange à identificação do bem jurídico tutelado. Luiz Regis Prado, por exemplo, define que “o bem jurídico protegido sedimenta-se no interesse em se assegurar o normal funcionamento da Administração Pública, tutelando-se, destarte, o prestígio dos funcionários públicos perante a comunidade, já que agem como longa manus do poder estatal” (PRADO, Luiz Regis. Curso de Direito Penal Brasileiro. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 1404). Cezar Bitencourt, por sua vez, define-o como sendo “garantir o prestígio e a dignidade da ‘máquina pública’ relativamente ao cumprimento de determinações legais, expedidas por seus agentes” (BITENCOURT, Cezar. Tratado de Direito Penal. Vol. 5. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 214).

São obstante referirem-se esses autores à figura típica do Código Penal, a justificativa dada para a criminalização da conduta não encontra respaldo na ordem democrática brasileira, seja ela analisada sob o prisma do texto constitucional ou do bloco de constitucionalidade.

Noutras palavras, também o Supremo Tribunal Federal tem reconhecido, na linha do sistema interamericano, uma reduzida margem de aplicação do parâmetro da necessidade e um alto apreço pelo direito à liberdade de expressão.

Por essas razões, pedindo vênias ao e. Relator, voto no sentido de deferir a ordem de habeas corpus para reconhecer a nulidade da condenação imposta pelo Superior Tribunal Militar.

É como voto.

**Gilmar Mendes**  
Relator.

## JURISPRUDÊNCIA

# Supremo Tribunal Federal

**Direito Penal e Processual Penal. Princípio da correlação. Nulidade absoluta. Dispensa ilegal de licitação. Teoria do domínio do fato.**

1. Não é inepta a denúncia que, em respeito ao art. 41 do Código de Processo Penal, descreve o fato imputado ao réu com todas as

circunstâncias que possibilitem a individualização da conduta e o exercício da ampla defesa. Precedentes. 2. Deve-se reconhecer a nulidade absoluta de sentença que, em descompasso com os limites traçados pela exordial acusatória, condena o réu por fatos não

narrados na denúncia. A sentença incongruente padece de vício irremediável, na medida em que compromete as garantias de direito de defesa, devido processo legal e ainda usurpa o monopólio da ação penal, concedido constitucionalmente ao Ministério Público. Precedentes. 3. Não são enquadráveis como notórios, ao ponto de prescindir de maior substrato probatório, fatos que demandam tarefa intelectual do autor para serem compreendidos e aceitos, como é o caso de irregularidades relacionadas a complexo procedimento licitatório. 5. Deve ser refutada imputação centrada, unicamente, na posição de um dado agente na escala hierárquica governamental, por inegável afinidade com o Direito Penal Objetivo. 6. Não se admite a invocação da teoria do domínio do fato com vistas a solucionar problemas de debilidade probatória ou a fim de arrefecer os rigores para a caracterização do dolo delitivo, pois tais propósitos estão dissociados da finalidade precípua do instituto. 7. Não tendo o órgão acusatório se desincumbido do ônus probatório, de forma necessária e suficiente, e não tendo logrado demonstrar, de modo conclusivo, a autoria delitiva, a absolvição é medida que se impõe. 8. Apelação provida, a fim de, preliminarmente, declarar a nulidade parcial da sentença condenatória, por afronta ao princípio da correlação, e no mérito, absolver o réu, por ausência de provas de ter concorrido para o delito (art. 386, V, do CPP).

(STF – 2.ª T. – AP 975 – rel. **Edson Fachin** – j. 03.10.2017 – public. 02.03.2018 – **Cadastro IBCCRIM 5832**)

#### **Direito Processual Penal. Sentença absolutória. Extinção antecipada do processo com resolução de mérito.**

1. A jurisprudência consolidada da Corte atesta o não cabimento de habeas corpus contra ato jurisdicional de Ministro ou órgão fracionário do STF. 2. A exigência de processo penal, expressa na cláusula *nulla poena sine iudicio*, traduz fator de proteção do acusado em face da persecução penal estatal. Precedentes. 3. Diante dessa finalidade, a existência de provas exibidas pela defesa que demonstrem a inocorrência do fato supostamente criminoso narrado na denúncia, associado à presença de pedido expresso, formulado pelo Procurador-Geral da República, de antecipada extinção da ação penal, autoriza, desde logo, a formação do juízo absolutório, dispensando-se a produção das demais provas requeridas pela defesa. 4. Questão de ordem resolvida para julgar desde logo a ação penal improcedente.

(STF – 2.ª T. – AP 985 – rel. **Edson Fachin** – j. 06.06.2017 – public. 08.03.2018 – **Cadastro IBCCRIM 5833**)

#### **Direito Processual Penal. Prisão preventiva. Substituição da prisão preventiva por medidas cautelares.**

1. *Habeas corpus*. 2. Organização criminosa, corrupção ativa e passiva. Operação Ratanouille. Prisão preventiva. 3. Impetração contra acórdão que não conheceu de agravo regimental interposto de decisão monocrática, a qual indeferiu pedido de liminar em anterior RHC no STJ. 4. Ocorrência de constrangimento ilegal ensejadora do afastamento da incidência da Súmula 691 do STF. 5. Perigo que a liberdade do paciente representa à ordem pública ou à aplicação da lei penal pode ser mitigado, no caso, por medidas cautelares menos gravosas do que a prisão. 6. Concessão da ordem para substituir a prisão preventiva decretada em desfavor do paciente por medidas cautelares diversas da prisão, na forma do art. 319 do CPP.

(STF – 2.ª T. – HC 147.192 – rel. **Gilmar Mendes** – j. 18.12.2017 – public. 23.02.2018 – **Cadastro IBCCRIM 5834**)

#### **Direito Penal e Processual Penal. Tráfico de drogas. Prisão preventiva.**

1. O Supremo Tribunal Federal consolidou o entendimento no sentido da inadmissibilidade da impetração de habeas corpus contra decisão denegatória de provimento cautelar (Súmula 691/STF). 2. A prisão preventiva de jovem com 18 anos de idade pelo tráfico de pequena quantidade de entorpecentes é contraproducente do ponto de vista da política criminal. 3. *Habeas corpus* a que se nega seguimento. Ordem concedida de ofício.

(STF – monocrática – HC 152.964 – rel. **Roberto Barroso** – j. 14.02.2018 – public. 20.02.2018 – **Cadastro IBCCRIM 5835**)

#### **Direito Penal e Processual Penal. Crimes contra a Administração Pública. Ausência de justa causa.**

1. Esta Suprema Corte já decidiu, por sua composição plenária, que o momento do oferecimento da denúncia é providência que se situa no âmbito da prerrogativa do Ministério Público, o qual, todavia, arcará com o ônus da rejeição da peça acusatória, por falta de justa causa, caso ofereça denúncia sem dispor de elementos probatórios suficientes à configuração dos necessários indícios de autoria e materialidade. 2. Oferecida a denúncia e notificado o acusado para apresentar a resposta do art. 4º da Lei 8.038/1990, não há previsão legal e espaço para outras dilações probatórias, tais como diligências, requerimentos e oitivas. O momento processual é destinado ao debate sobre a existência de substrato probatório mínimo de autoria e de materialidade delitiva, a fim de se verificar o preenchimento dos requisitos do art. 41 do Código de Processo Penal, bem como sobre as hipóteses de rejeição previstas no art. 395 do mesmo livro, não sendo possível o exame aprofundado de mérito, mas tão somente análise *prima facie* da denúncia. 3. O indeferimento do pedido de reabertura de prazo para a oferta de resposta à acusação não configura cerceamento de defesa, pois, nada obstante a juntada tardia de arquivos contendo o áudio e o vídeo de depoimentos dos colaboradores, seus conteúdos já se encontravam nos autos na forma escrita, circunstância que evidencia a inexistência de prejuízo ao devido processo legal. 4. Também não configura mácula ao direito da defesa o oferecimento da peça acusatória antes de concluída a fase inquisitorial, tendo em vista a sua prescindibilidade para a formação da *opinio delicti*, porque, “se o titular da ação penal entende que há indícios mínimos de autoria e materialidade dos fatos tidos como criminosos, ele pode oferecer a denúncia antes de concluídas as investigações. A escolha do momento de oferecer a denúncia é prerrogativa sua. (INQ 2.245/MG, Rel. Joaquim Barbosa, Pleno, j. 28.8.2007). 5. Não contém vício a impedir a deflagração de ação penal denúncia que descreve, de forma lógica e coerente, a imputação no contexto em que se insere, permitindo aos acusados compreendê-la e exercer o direito de defesa (AP 560, Rel. Min. DIAS TOFFOLI, Segunda Turma, DJe de 11.6.2015; INQ 3.204, Rel. Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, DJe de 3.8.2015). 6. Na espécie, apesar de formalmente apta, a proposta acusatória sucumbe diante da fragilidade dos elementos de informação apresentados para lhe dar suporte, circunstância que evidencia a impossibilidade da deflagração de uma ação penal desprovida de justa causa, nos termos do art. 6º, caput, da Lei n. 8.038/1990, c/c art. 395, III, do Código de Processo Penal. 7. Denúncia rejeitada.

(STF – 2.ª T. – Inq. 4.216 – rel. **Edson Fachin** – j. 10.10.2017 – public. 20.02.2018 – **Cadastro IBCCRIM 5836**)

**Direito Penal e Processual Penal. Corrupção passiva. Lavagem de dinheiro. Atipicidade da conduta.**

1. O denunciado, ainda que eventualmente responsável por sua indicação política, limitou-se a intermediar uma reunião entre o presidente do Banco do Nordeste, o colaborador premiado e representantes da empreiteira. 2. Não há notícia de que o parlamentar tenha intercedido de forma escusa para que o financiamento e o empréstimo-ponte fossem liberados à empreiteira, ao arripio de procedimentos legais ou regulamentares. 3. A simples solicitação para que o presidente do Banco do Nordeste recebesse os representantes da empreiteira não traduziu ingerência indevida na gestão do banco e na aprovação do financiamento e do empréstimo. 4. Não se vislumbra nenhuma conduta atribuível ao deputado federal que pudesse concretamente se revestir da qualidade de ato de ofício relacionado à função parlamentar, objetivando a

liberação do financiamento e do empréstimo-ponte. 5. A simples apresentação de interessado em obter financiamento e a solicitação de reunião ao presidente do Banco do Nordeste não caracterizam exercício de influência para obtenção de financiamento nem para a liberação dos recursos. 6. Ausente a prática de ato de mercancia da função parlamentar, os fatos imputados ao denunciado, a título de corrupção passiva, são atípicos. 7. Insubsistente a imputação de corrupção passiva, fenece, por arrastamento, a de lavagem de capitais, por não haver crime antecedente contra a administração pública. 8. Denúncia rejeitada.

(STF – 2.<sup>a</sup> T. – Inq. 4.259 – rel. **Edson Fachin** – j. 18.12.2017 – public. 07.03.2018 – **Cadastro IBCCRIM 5837**)

Jurisprudência compilada por  
**Vivian Peres.**

## Superior Tribunal de Justiça

**Direito Processual Penal. Prisão preventiva decretada com base na gravidade abstrata. Substituição da prisão preventiva por medidas cautelares diversas da prisão.**

1. A aceitação de *habeas corpus* impetrado contra decisão que indeferiu a liminar em prévio *writ* submete-se aos parâmetros da Súmula n.º 691 do Supremo Tribunal Federal, somente afastada no caso de excepcional situação, o que ocorre na espécie dos autos. 2. A prisão processual deve ser configurada no caso de situações extremas, em meio a dados sopesados da experiência concreta, porquanto o instrumento posto a cargo da jurisdição reclama, antes de tudo, o respeito à liberdade. 3. *In casu*, o encarceramento preventivo foi decretado com base na gravidade abstrata do delito, aliada a elementos que me pareceram insuficientes para justificar a medida extrema (apreensão de 3,73 gramas de maconha). 4. Ordem concedida, ratificando a liminar outrora deferida, a fim de que o paciente possa aguardar em liberdade o julgamento da ação penal, se por outro motivo não estiver preso, aplicando-se, cumulativamente, as medidas cautelares previstas no artigo 319, incisos I, IV e V, do Código de Processo Penal, sem prejuízo de que o juízo *a quo*, de maneira fundamentada, examine se é caso de se aplicar outras medidas que entenda pertinente, ressalvada, inclusive, a possibilidade de decretação de nova prisão, caso demonstrada sua necessidade.

(STJ – 6.<sup>a</sup> T. – HC 431.712 – rel. **Maria Thereza de Assis Moura** – j. 27.02.2018 – public. 08.03.2018 – **Cadastro IBCCRIM 5838**)

**Direito Processual Penal. Prova ilícita. Vistoria em aparelho telefônico sem prévia autorização judicial.**

1. Embora a situação retratada nos autos não esteja protegida pela Lei n. 9.296/1996 nem pela Lei n. 12.965/2014, haja vista não se tratar de quebra sigilo telefônico por meio de interceptação telefônica, ou seja, embora não se trate violação da garantia de inviolabilidade das comunicações, prevista no art. 5º, inciso XII, da CF, houve sim violação dos dados armazenados no celular do recorrente (mensagens de texto arquivadas - WhatsApp). 2. No caso, deveria a autoridade policial, após a apreensão do telefone, ter requerido judicialmente a quebra do sigilo dos dados armazenados, haja vista a garantia, igualmente constitucional, à inviolabilidade da intimidade e da vida privada, prevista

no art. 5º, inciso X, da CF. Dessa forma, a análise dos dados telefônicos constante dos aparelhos dos investigados, sem sua prévia autorização ou de prévia autorização judicial devidamente motivada, revela a ilicitude da prova, nos termos do art. 157 do CPP. Precedentes do STJ. 3. Recurso em habeas corpus provido, para reconhecer a ilicitude da colheita de dados do aparelho telefônico dos investigados, sem autorização judicial, devendo mencionadas provas, bem como as derivadas, serem desentranhadas dos autos.

(STJ – 5.<sup>a</sup> T. – RHC 89.981 – rel. **Reynaldo Soares da Fonseca** – j. 05.12.2017 – public. 13.12.2017 – **Cadastro IBCCRIM 5839**)

**Direito Penal. Tentativa de furto. Princípio da insignificância. Atipicidade material.**

1. Consoante entendimento jurisprudencial, o “princípio da insignificância - que deve ser analisado em conexão com os postulados da fragmentaridade e da intervenção mínima do Estado em matéria penal - tem o sentido de excluir ou de afastar a própria tipicidade penal, examinada na perspectiva de seu caráter material. (...) Tal postulado - que considera necessária, na aferição do relevo material da tipicidade penal, a presença de certos vetores, tais como (a) a mínima ofensividade da conduta do agente, (b) a nenhuma periculosidade social da ação, (c) o reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento e (d) a inexpressividade da lesão jurídica provocada - apoiou-se, em seu processo de formulação teórica, no reconhecimento de que o caráter subsidiário do sistema penal reclama e impõe, em função dos próprios objetivos por ele visados, a intervenção mínima do Poder Público.” (HC nº 84.412-0/SP, STF, Min. Celso de Mello, DJU 19.11.2004) 2. No caso, tentou-se subtrair uma barra de chocolate pertencente a um supermercado, tendo sido a *res recuperada*, não havendo prejuízo material para a vítima. Reconhece-se, então, o caráter bagatela do comportamento imputado, não havendo falar em afetação do bem jurídico patrimônio. 3. Recurso provido para, reconhecendo a atipicidade material da conduta, trancar a ação penal.

(STJ – 6.<sup>a</sup> T. – RHC 86.445 – rel. **Maria Thereza de Assis Moura** – j. 01.03.2018 – public. 12.03.2018 – **Cadastro IBCCRIM 5840**)

## **Direito Penal e Processual Penal. Recurso interposto pelo Assistente da Acusação. Irresignação quanto aos termos da proposta de suspensão condicional do processo.**

I - É assente nesta Corte Superior de Justiça que o Agravo Regimental deve trazer novos argumentos capazes de alterar o entendimento anteriormente firmado, sob pena de ser mantida a r. decisão vergastada pelos próprios fundamentos. II - O assistente da acusação não tem legitimidade para interpor recurso em sentido estrito contra decisão que concede a suspensão condicional do processo, tendo em vista que referida hipótese não se encontra no rol taxativo do art. 271 do Código de Processo Penal. III - De igual forma, não tem o assistente da acusação direito à inclusão de nova condição na proposta de suspensão condicional do processo apresentada pelo Ministério Público, pois tal atribuição pertence ao titular da ação penal, nos termos do art. 89 da Lei n.

9.099/95, podendo o magistrado fixar outras condições, conforme previsão expressa no § 2º de referido dispositivo. IV - Assim, não há violação a direito líquido e certo da agravante na decisão que, após manifestação contrária do Ministério Público, indefere o pedido do assistente de acusação de inclusão de nova condição na proposta, por entender que referida condição seria inadequada e demasiadamente onerosa ao agravado. Agravo regimental desprovido.

(STJ – 5.ª T. – Ag.Rg. ROMS 54.426/SC – rel. **Felix Fischer** – j. 27.02.2018 – public. 05.03.2018 – **Cadastro IBCCRIM 5841**)

Jurisprudência compilada por

**Bruno Maurício, Milene Murício  
e Vivian Peres.**

## **Tribunal Regional Federal da 3ª Região**

### **Direito Processual Penal. Provas. Depoimento de corréu na qualidade de testemunha. Nulidade.**

1. Rejeitada a pretensão de sobrestar-se o prosseguimento da ação penal de origem porque a denúncia não se afigura lastreada nas declarações prestadas por corréu, que, segundo a autoridade impetrada, não redundaram qualquer dos resultados descritos no art. 4º da Lei nº 12.850/2013. 2. Cuida-se de ação penal fundada em acervo probatório próprio, sendo possível extrair dos autos, nos limites da cognição possível do writ, que os fatos imputados ao paciente seriam resultado de um conjunto probatório robusto, notadamente documentado, e obtido por meio de quebra regular de sigilo bancário e interceptações telefônicas autorizadas pela Justiça. 3. Pedido alternativo da defesa acolhido para se declarar a nulidade da oitiva do corréu como testemunha da acusação. 4. A oitiva, nesses termos, só poderia se dar no âmbito da colaboração ou delação premiada prevista em legislações penais extravagantes. 5. Ordem concedida.

(TRF3 – 11.ª T. – HC 0003693-74.2017.4.03.0000/MS – rel. **Nino Oliveira Toldo** – j. 06.03.2018 – public. 13.03.2018 – **Cadastro IBCCRIM 5842**)

### **Direito Penal e Processual Penal. Princípio do non reformatio in pejus. Nulidade.**

1. Se o juízo impetrado entendeu que não havia justa causa para a ação penal em relação ao delito capitulado no art. 334 do Código Penal (atual art. 334-A do CP), não poderia, a posteriori, de ofício, sem recurso da acusação e só penderes embargos de declaração da defesa, revogar essa decisão e determinar o prosseguimento da ação penal com base na íntegra da denúncia. 2. Não está na alçada de cognição da autoridade impetrada determinar o prosseguimento do feito para se perscrutar os fatos descritos na denúncia como “exportação fictícia”. Essa questão foi dirimida em decisão anterior e não houve impugnação do Ministério Público Federal. 3. Ordem concedida.

(TRF3 – 11.ª T. – HC 0003692-89.2017.4.03.0000/MS – rel. **Nino Oliveira Toldo** – j. 06.03.2018 – public. 13.03.2018 – **Cadastro IBCCRIM 5843**)

### **Direito Processual Penal. Medidas cautelares diversas da prisão. Arbitramento de fiança.**

1. No caso dos autos, reputou a magistrada, ao proferir a decisão em audiência de custódia, que não havia necessidade de conversão da prisão em flagrante em preventiva, sendo suficiente o arbitramento de fiança, bem como o cumprimento de medidas cautelares diversas da prisão. 2. Ocorre que a fiança foi fixada no valor de R\$ 200.000,00 (duzentos mil reais), valor que, de fato, mostra-se excessivo, ainda que se tratasse de carga de alto valor, conforme se verifica do depoimento do paciente pela transcrição da audiência. 3. Deste modo, não obstante a concessão de liberdade provisória mediante fiança, o paciente permanece custodiado desde a data da prisão em flagrante, o que corrobora a alegada incapacidade financeira para o pagamento do valor arbitrado. 4. Com efeito, a expressiva quantidade de cigarros que o paciente transportava, indica a gravidade de sua conduta, sem falar que sua introdução no mercado interno, tem o condão de gerar malefícios conhecidos à saúde, ostentando um elevado potencial de disseminação no comércio popular, apto a atingir um número indeterminado de consumidores, em sua grande maioria de baixa renda e sem acesso à informação a respeito da origem e prejudicialidade da mercadoria que consomem. 5. Por outro lado, a fiança tem escopo acautelatório alternativo à prisão, e, como tal, tem que ser hábil a assegurar a ordem pública e a aplicação da lei, de modo que o valor arbitrado sirva de desestímulo à reiteração delitiva sem deixar de considerar a capacidade econômica do investigado. 6. Sopesando todos esses aspectos do caso, de modo a assegurar a justa correlação com as circunstâncias fáticas, fica determinada a redução da fiança arbitrada ao valor de R\$ 40.000,00 (quarenta mil reais), a qual a poderá ser paga parceladamente, na forma a ser estipulada pelo r. juízo a quo, mantidas, no mais, as condições estipuladas pelo Juízo impetrado para a concessão da liberdade provisória. 7. Ordem concedida.

(TRF3 – 11.ª T. – 0004171-82.2017.4.03.0000/SP – rel. **Fausto Martin de Sanctis** – j. 30.01.2018 – public. 09.03.2018 – **Cadastro IBCCRIM 5844**)

Jurisprudência compilada por

**Stephan Gomes Mendonça.**

## Tribunais de Justiça

### **Direito Penal e Processual Penal. Meios alternativos de resolução de conflitos. Aplicação de metodologias de justiça restaurativa.**

1. Correição parcial ajuizada pelo Ministério Público contra decisão do Juízo Criminal *a quo*, que, ao receber a denúncia oferecida na ação penal originária - imputando ao acusado a prática, em tese, do crime de abandono material (art. 244, caput, do CPB) -, determinou a remessa dos autos, de ofício, ao Centro Judiciário de Solução de Conflitos e Cidadania (CEJUSC), para a aplicação de metodologias da justiça restaurativa. 2. No caso, a decisão judicial atacada não incorre em *error in procedendo*, tampouco contém qualquer erro ou abuso, muito menos inverte, tumultuariamente, a ordem do processo, porque a medida adotada *ex officio* pelo magistrado *a quo* está amparada na Resolução n.º. 225/2016, do Conselho Nacional da Justiça, que dispõe sobre a implantação da Política Nacional de Justiça Restaurativa no âmbito do Poder Judiciário e autoriza, no seu art. 7.º, a remessa de processos judiciais ao CEJUSC (no caso vertente), por iniciativa exclusiva do juiz (*ex officio*), sem a necessidade de prévio requerimento, vista ou aquiescência das partes do processo penal. 3. De resto, a difusão, implantação e consolidação da Justiça Restaurativa como método alternativo de resolução de conflitos, inclusive na seara penal, substancia diretiva judiciária de abrangência nacional emanada do CNJ, tendo sido implementada, pelo TJRS, desde 2005. Nesse cenário de implementação de medidas alternativas às sanções penais características do sistema penal retributivo, o magistrado *a quo* deparou-se, jurisdicionalmente, com contexto fático de conflito jurisprenal familiar, e, de ofício, corretamente, optou pela imediata promoção de atendimento restaurativo judicial, determinando a remessa dos autos ao CEJUSC. 4. Nesta toada, à inexistência de *error in procedendo* e/ou *in judicando* na decisão judicial ora coarctada, impende julgar improcedente, de plano, mediante decisão monocrática do Relator, a medida correicional ajuizada. Correição parcial Improcedente.

(TJRS – 6.ª Câm. Crim. – Cor. Par. 70076797174 – rel. **Aymoré Roque Pottes de Mello** – j. 07.03.2018 – public. 08.03.2018 – Cadastro IBCCRIM 5845)

### **Direito Penal e Processual Penal. Crime contra as relações de consumo. Materialidade delitiva. Necessidade de realização de perícia.**

Apelação-crime. Mercadoria imprópria ao consumo. Perícia. Necessidade. Indispensável à realização de perícia para comprovar a materialidade do delito previsto no art. 7.º, inciso IX, da Lei n.º 8.137/90. Precedentes do Superior Tribunal de Justiça. Absolvição mantida. Apelo improvido. Unânime.

(TJRS – 4.ª Câm. Crim. – AP 70075551390 – rel. **Aristides Pedroso de Albuquerque Neto** – j. 01.03.2018 – public. 09.03.2018 – Cadastro IBCCRIM 5846)

### **Direito Penal e Processual Penal. Disparo de arma de fogo em local habitado. Absolvição por insuficiência de provas.**

Apelação-crime. Disparo de arma de fogo em local habitado. Contexto probatório insuficiente para juízo condenatório. A autoria sinalizada como mera possibilidade não é o bastante para condenação criminal, exigente de certeza plena e prova judicializada, impondo-se a absolvição. Apelo provido. Unânime.

(TJRS – 4.ª Câm. Crim. – AP 70074817370 – rel. **Aristides Pedroso de Albuquerque Neto** – j. 01.03.2018 – public. 09.03.2018 – Cadastro IBCCRIM 5847)

### **Direito Penal e Processual Penal. Garantia da motivação das decisões judiciais. Nulidade.**

Apelação-crime. Crimes falimentares. Arts. 168, 173 e 178, da Lei n.º 11.101/05. Nulidade. Sentença irregular por deficiente fundamentação. A demonstração da coexistência, no caso concreto, dos elementos constitutivos e especiais do tipo penal é imprescindível ao decreto condenatório, à luz do disposto no art. 93, inc. IX, da Constituição. Não tendo havido suficiente motivação, é de ser desconstituída a decisão para que outra seja proferida pelo juízo de origem. Preliminar acolhida. Sentença desconstituída.

(TJRS – 4.ª Câm. Crim. – AP 70069906188 – rel. **Mauro Evelyn Vieira de Borba** – j. 01.03.2018 – public. 09.03.2018 – Cadastro IBCCRIM 5848)

### **Direito Processual Penal. Prisão preventiva. Substituição por prisão domiciliar.**

1. Para que haja encarceramento preventivo, exige-se que decisão judicial acerca da segregação cautelar esteja devidamente fundamentada, sendo evidenciada a necessidade da medida mais gravosa. 2. Decisão que determina a prisão cautelar, por ser medida excepcional, não pode amparar-se em alegação genérica de que a conduta causa consequências danosas à sociedade, sem demonstração de qualquer circunstância concreta que a justifique. Não há qualquer indicativo de que, posta em liberdade, a paciente atuará de forma a perturbar a conveniência da instrução criminal ou a ordem pública. 3. Não se pode presumir que a paciente pretendia se furtar à aplicação da lei penal tão somente em razão ter mudado de endereço antes de ser citada, quando sequer havia ação penal instaurada. Ausência de obrigação de informar ao Juízo sobre eventual mudança de endereço. À época da oitiva da paciente em sede administrativa, sequer havia indiciamento no inquérito policial. 4. Paciente grávida e mãe de 01 (uma) filha de 03 (três) anos de idade. Inteligência do artigo 318, incisos III e V, do CPP, que prevê a possibilidade de prisão domiciliar e diretrizes para o tratamento de mulheres presas, contidas nas Regras de *Bangkok*, que destacam a priorização de medidas não privativas de liberdade às mulheres gestantes e com filhos dependentes. 5. Ré primária e de bons antecedentes, cujo crime que lhe é imputado não foi cometido mediante violência ou grave ameaça à pessoa. 6. Concessão da ordem, para revogar a prisão preventiva decretada à paciente, mediante termo de comparecimento a todos os atos processuais. Ordem concedida.

(TJSP – 2.ª Câm. Crim. – HC 2001618-19.2018.8.26.0000 – rel. **Kenarik Boujikian** – j. 19.02.2018 – public. 23.03.2018 – Cadastro IBCCRIM 5849)

Jurisprudência compilada por

**Caroline Bussoloto de Brum,  
Roberta Werlang Coelho Beck  
e Theuan Carvalho Gomes.**