Revista Brasileira de
CIÊNCIAS CRIMINAIS

BRAZILIAN CRIMINAL SCIENCES REVIEW

Ano 28 • vol. 174 • dezembro/2020

REVISTA BRASILEIRA DE
CIÊNCIAS CRIMINAIS
Ano 28 • vol. 174 • dezembro/2020

Presidência
Eleonora Rangel Nacif

Coordenação
Leandro Ayres França

EQUIPE EDITORIAL DA REVISTA – IBCCRIM

Editor-chefe – Leandro Ayres França

Editores-assistentes – Alessandra Rapassi Mascarenhas Prado, Beatriz Corrêa Camargo, Daniel Leonhardt, Guilherme Ceolin, Gustavo Noronha de Ávila, Italo Rabello, José de Assis Santiago Neto e Laura Gigante Albuquerque.

Editores-executivos – Helen Christo e Willians Meneses

CONSELHO EDITORIAL

Adolfo Ceretti (Università degli Studi di Milano-Bicocca – Itália)
Afranio da Silva Jardim (UERJ – Rio de Janeiro/RJ)
Alejandro Aponte (Pontificia Universidad Javeriana – Colômbia)
Anabela Miranda Rodrigues (Universidade de Coimbra – Portugal)
Ana Isabel Pérez Cepeda (Universidade de Salamanca – Espanha)
Ana Messuti (Instituto Vasco de Criminologia – Espanha)
Antonio Garcia-Pablos de Molina (Universidade Complutense de Madrid – Espanha)
Antonio Magalhães Gomes Filho (USP – São Paulo/SP)
Antonio Scarance Fernandes (USP – São Paulo/SP)
Antonio Vercher Noguera (Universidade de Salamanca – Espanha)
Bernardo del Rosal Blasco (Universidade de Alicante – Espanha)
Carlos Gonzales Zorrilla (Universitat Autònoma de Barcelona – Espanha)
Carlos María Romeo-Casabona (Universidad del País Vasco – Espanha)
Cláudia Maria Cruz Santos (Universidade de Coimbra – Portugal)
Cornelius Prittwitz (Universidade Johann Wolfgang Goethe de Frankfurt – Alemanha)
David Baigún (Universidad de Buenos Aires – Argentina)
Edmundo Hendler (Universidad de Buenos Aires – Argentina)
Emilio Garcia Mendez (Universidad de Buenos Aires – Argentina)
Ernesto Calvanese (Università degli Studi di Milano – Itália)
Esther Gímenez-Salinas I Colomer (Universidad Ramon Llull - ESADE – Espanha)
Eugenio Raúl Zaffaroni (Universidad de Buenos Aires – Argentina)
Fernando Acosta (University of Ottawa – Canadá)
Fernando Santa Cecília Garcia (Universidade Complutense de Madrid – Espanha)
Francisco Muñoz Conde (Universidad Pablo de Olavide – Espanha)
Geraldo Prado (UFRJ – Rio de Janeiro/RJ)
Iasevoli Clelia (Universita' Degli Studi di Napoli – Itália)
Ignacio Berdugo Gómez de La Torre (Universidad de Salamanca – Espanha)
Iñaki Rivera Beiras (Universidad de Barcelona – Espanha)
Iván Navas Mondaca (Universidad San Sebastián – Chile)
Jésus-María Silva Sánchez (Universidad Pompeu Fabra – Espanha)
João Pedroso (Universidade de Coimbra – Portugal)
Jorge de Figueiredo Dias (Universidade de Coimbra – Portugal)
José Cerezo Mir (Universidad de Zaragoza – Espanha)
José Francisco de Faria Costa (Universidade de Coimbra – Portugal)
Juan Felix Marteau (Universidad de Buenos Aires – Argentina)
Juan Pablo Montiel (Universidad de San Andrés – Argentina)
Juarez Cirino dos Santos (UFPR – Curitiba/PR)
Juarez Tavares (UERJ – Rio de Janeiro/RJ)
Kai Ambos (Georg-August-Universität Göttingen – Alemanha)
Luis Alberto Arroyo Zapatero (Universidad de Castilla-La Mancha – Espanha)
Luis Fernando Niño (Universidad de Buenos Aires – Argentina)
Luiz Regis Prado (UEM – Maringá/PR)
Maria Paz Arenas Rodrigañez (Universidade Complutense de Madrid – Espanha)
Manuel da Costa Andrade (Universidade de Coimbra – Portugal)
Maria João Antunes (Universidade de Coimbra – Portugal)
Mauricio Martínez Sánchez (Universidad Libre – Colômbia)
Máximo Sozzo (Universidad Nacional del Litoral – Argentina)
Miguel Reale Júnior (USP – São Paulo/SP)
Nicolás Rodríguez García (Universidad de Salamanca – Espanha)
Nila Batista (UERJ – Rio de Janeiro/RS)
Pedro Caeiro (Universidade de Coimbra – Portugal)
Olga Spinoza (Universidade do Chile – Chile)
Pilar Gomes Pavón (Universidade Complutense de Madrid – Espanha)
Raúl Cervini (Universidade da República do Uruguai – Uruguai)
Rene Ariel Dotti (UFPR – Curitiba/PR)
Sergio Moccia (Università di Napoli Federico II – Itália)
Stella Maris Martinez (Universidad de Buenos Aires – Argentina)
Urs Kindhäuser (Universidad de Bonn – Alemanha)
Vicente Greco Filho (USP – São Paulo/SP)

CORPO DE PARECERISTAS (DESTE VOLUME)

Alexey Choi Caruncho (UFPR – Curitiba/PR)
Ana Cristina Gomes (Universidad de Salamanca/USAL – Salamanca/Espanha)
Anamaria Prates Barroso (Universidade Federal de Pernambuco – Recife/PE)
André Rocha Sampaio (AL)
Antonio José Franco de Souza Pêcego (Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais - PUCMG - Uberlândia/MG)
Brunna Laporte Cazabonnet (Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS – Porto Alegre/RS)
Bruno Rigon (Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS – Porto Alegre/RS)
Carlos Hélder C. Furtado Mendes (Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul - PUCRS – Porto Alegre/RS)
Cristina Rego de Oliveira (FDUCP - Lisboa/Portugal)
Eduardo Neves Lima Filho (Universidade Federal do Pará - UFPA – Belém/PA)
Emília Merlini Giuliani (Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul - PUCRS – Porto Alegre/RS)
Fernando Braga Damasceno (Faculdade de Direito de Lisboa-Lisboa/Portugal)
Gabriela Perissinotto de Almeida (Universidade de São Paulo - USP - São Paulo/SP)
Guilherme Siqueira Vieira (FATEC – Curitiba/PR)
Gustavo Diniz Junqueira (Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUCSP - São Paulo/SP)
Gustavo Tozzi Coelho (Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS – Porto Alegre/RS)
Humberto Soares de Souza Santos (UERJ – Rio de Janeiro/RJ)
Jéssica Raquel Sponchiado (Universidade de São Paulo - USP - São Paulo/SP)
Keity Mara Ferreira de Souza e Saboya (UFRN – Natal/RN)
Larissa Gabriela Cruz Botelho (Universidade Veiga de Almeida - Rio de Janeiro/RJ)
Luiz Gustavo Gonçalves Ribeiro (MG)
Marcella Alves Mascarenhas Nardelli (RJ)
Marcio Berti Felipe Faoro Bertoni (Faculdade Dom Bosco - Porto Alegre/RS)
Marco Aurélio Florêncio Filho (Universidade Presbiteriana Mackenzie – São Paulo/SP)
Marco Aurélio Nunes da Silveira (UPF – Passo Fundo/PR)
Mário Lúcio Garcez Calil (UEMS – Paranaíba/MS)
Paulo César Busato (Universidade Federal do Paraná – UFPR - Curitiba/PR)
Ricardo C. de Carvalho Rodrigues (Unifavip – Recife/ PE)
Ricardo Jacobsen Gloeckner (Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS – Porto Alegre/RS)
Roberta Eggert Poll (Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS – Porto Alegre/RS)
Rodrigo Régnier Chemim Guimarães (UNIPAR – Curitiba/PR)
Rosana Alves Gama Souza da Silva (Instituto Federal Fluminense - Campos dos Goytacazes/RJ)
Theodoro Balducci de Oliveira (Universidade de São Paulo - USP - São Paulo/SP)
Thiago Baldani Gomes De Filippo (Universidade de São Paulo - USP - São Paulo/SP)
Túlio Felippe Xavier Januário (Universidade de Coimbra - Portugal)
Vinicius Gomes de Vasconcellos (Instituto de Direito Público - IDP – Brasília/DF)
Vitor Gonçalves Machado (UFES - Espírito Santo)
Vitor Paczek Machado (Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS – Porto Alegre/RS)

AUTORES(AS) (DESTE VOLUME)

Adriane da Fonseca Pires (Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS – Porto Alegre/RS)
Américo Bedê Junior (Faculdade de Direito de Vitória – FDV – Vitória/ES)
André Machado Maya (Escola Superior do Ministério Público do Rio Grande do Sul – FMP – Porto Alegre/RS)
Bruna Rachel de Paula Diniz (Universidade de São Paulo – USP – São Paulo/SP)
Cristiano Duro (Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais – PUCMG – Uberlândia/MG)
Daniel Ghilardi (Universidade do Oeste de Santa Catarina – UNOESC - Florianópolis/SC)
Eligio Resta (Università degli Studi di Roma Tre, Roma/Itália)
Fabiana Marion Spengler (Universidade de Santa Cruz do Sul - UNISC – Santa Cruz do Sul/RS)
Frederico Valdez Pereira (Escola Superior da Magistratura Federal do Rio Grande do Sul – ESMAFE – Porto Alegre/RS)
Igor Luz Carminat (Faculdade de Direito de Vitória – FDV – Vitória/ES)
João Pedro Accioly (Universidade Federal do Rio de Janeiro – UFRJ – Rio de Janeiro/RJ)
Marcelo Almeida Ruivo (Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS – Porto Alegre/RS)
Matheus Felipe de Castro (Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC – Florianópolis/SC)
Michael Nunes Lawson (Universidade Federal do Rio Grande do Sul – UFRGS – Porto Alegre/RS)
Paulo Roberto Fonseca Barbosa (Universidade de Lisboa – Lisboa/ Portugal)
Pietro Cardia Lorenzoni (UNISINOS – São Leopoldo/RS)
Vinícius de Assis Romão (Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ – Rio de Janeiro/RJ)

As opiniões expressas nos artigos são de responsabilidade dos autores.

IBCCRIM

Revista Brasileira de Ciências Criminais
revista@ibccrim.org.br – www.ibccrim.org.br

ISSN 1415-5400

Revista Brasileira de
CIÊNCIAS CRIMINAIS

Ano 28 • vol. 174 • dezembro/2020

Coordenação (editor-chefe)
Leandro Ayres França

Publicação oficial do
Instituto Brasileiro de Ciências Criminais

IBCCRIM

THOMSON REUTERS
REVISTA DOS TRIBUNAIS™

ISSN.1415-5400

Revista Brasileira de CIÊNCIAS CRIMINAIS

Ano 28 • vol. 174 • dezembro/2020

Presidência
Eleonora Rangel Nacif

Coordenação (editor-chefe)
Leandro Ayres França

Os colaboradores desta Revista gozam da mais ampla liberdade de opinião e de crítica, cabendo-lhes a responsabilidade das ideias e conceitos emitidos em seus trabalhos.

Thomson Reuters Brasil Conteúdo e Tecnologia Ltda.

Juliana Mayumi Ono
Diretora Responsável

Av. Dr. Cardoso de Melo, 1855 – 13º andar – Vila Olímpia
CEP 04548-005, São Paulo, SP, Brasil

TODOS OS DIREITOS RESERVADOS. Proibida a reprodução total ou parcial, por qualquer meio ou processo – Lei 9.610/1998.

Central de Relacionamento Thomson Reuters Selo Revista dos Tribunais
(atendimento, em dias úteis, das 09h às 18h)
Tel. 0800-702-2433

e-mail de atendimento ao consumidor: sacrt@thomsonreuters.com

e-mail para submissão dos originais: aval.artigo@thomsonreuters.com e revista@ibccrim.org.br

Conheça mais sobre Thomson Reuters: www.thomsonreuters.com.br

Acesse o nosso eComm

www.livrariart.com.br

Impresso no Brasil: [12-2020]

Profissional

Fechamento desta edição: [19.10.2020]

EDITORA AFILIADA

IBCCRIM

Instituto Brasileiro de Ciências Criminais

Diretoria da Gestão 2019/2020

Diretoria Executiva

PRESIDENTA
Eleonora Rangel Nacif
1º VICE-PRESIDENTE
Bruno Shimizu
2º VICE-PRESIDENTE
Helios Alejandro Nogués Moyano
1º SECRETÁRIA
Andrea D'Angelo
2º SECRETÁRIO
Luís Carlos Valois
1º TESOUREIRO
Gabriel Queiroz
2º TESOUREIRO
Yuri Felix
DIRETOR NACIONAL DAS COORDENADORIAS REGIONAIS E ESTADUAIS
Carla Silene Gomes
ASSESSORA DA PRESIDÊNCIA
Jacqueline Sinhoretto

Conselho Consultivo

MEMBROS
Cristiano Maronna
Sérgio Salomão Shecaira
Ela Wiecko
Geraldo Prado
OUVIDORA
Fabiana Zanatta Viana

Coordenadores-Chefes dos Departamentos

AÇÕES ANTIDISCRIMINATÓRIAS
Thayná Yaredy
AMICUS CURIAE
Maurício Stegmann Dieter
ATUALIZAÇÃO DO VOCABULÁRIO BÁSICO CONTROLADO
Roberto Portugal de Biazi
BIBLIOTECA
Mariângela Gama de Magalhães Gomes
BOLETIM
Luigi Barbieri Ferrarini
COMUNICAÇÃO
Roberto Tardelli
CONCESSÃO DE BOLSAS DE ESTUDOS E DESENVOLVIMENTO ACADÊMICO
Juliana Souza Pereira
CONVÊNIOS
Gustavo Brito
COOPERAÇÃO JURÍDICA INTERNACIONAL
Ilana Müller
CURSOS
Clara Masiero
CURSOS IBCCRIM - COIMBRA
Claudia Barrilari
DIREITO PENAL ECONÔMICO E COMPLIANCE
Priscila Beltrame

ESTUDOS E PROJETOS LEGISLATIVOS
Carolina Costa Ferreira
ESTUDOS SOBRE HABEAS CORPUS
Alberto Zacharias Toron
INFÂNCIA E JUVENTUDE
Mariana Chies Santiago Santos
INICIAÇÃO CIENTÍFICA
André Lozano
JUSTIÇA E SEGURANÇA PÚBLICA
Dina Alves
MESAS DE ESTUDOS E DEBATES
Renato Watanabe
MONOGRAFIAS
Eduardo Saad Diniz
NÚCLEO DE PESQUISAS
Riccardo Cappi
POLÍTICA NACIONAL DE DROGAS
Luciana Boiteux
RELAÇÕES INTERNACIONAIS
Silvio Luiz de Almeida
REVISTA BRASILEIRA DE CIÊNCIAS CRIMINAIS
Leandro Ayres França
SISTEMA PRISIONAL
Patrick Lemos Cacicedo
23º CONCURSO DE MONOGRAFIAS DE CIÊNCIAS CRIMINAIS E CHAMADA TEMÁTICA– IBCCRIM
Eduardo Saad Diniz
26º SEMINÁRIO INTERNACIONAL
Marcela Diório

Grupo de Estudos

GRUPO DE ESTUDOS SOBRE CIÊNCIAS CRIMINAIS E DIREITOS HUMANOS
Manoel Alves Jr
GRUPO DE ESTUDOS SOBRE ESCOLAS PENAIS
Alice Quintela

Equipe do IBCCRIM

SUPERVISÃO GERAL E NÚCLEO DE ATUAÇÃO POLÍTICA
SUPERVISÃO
Paulo Cesar Malvezzi Filho
EQUIPE
Marília Jahnel
Jonas Santos

Núcleo Administrativo

SUPERVISÃO
Fernanda Barreto
EQUIPE
Alexandre Soledade de Oliveira
Eliane Yanikian

Núcleo Financeiro

SUPERVISÃO
Roberto Seracinskis
EQUIPE
Andrea Pereira dos Santos
Vanessa dos Santos Lima
Victor de Souza Nogueira

Núcleos de Biblioteca e Publicações

SUPERVISÃO
Willians Meneses
EQUIPE
Anderson Fernandes Campos
Helen Christo
Natalí de Lima Santos

Núcleo de Comunicação

SUPERVISÃO
Douglas Calixto

EQUIPE
Adriana Peres Almeida Santos
Harumi Visconti
Rodrigo Pastore

Núcleo de Educação

SUPERVISÃO
Andreza Martiniano da Silva

EQUIPE
Ana Paula da Silva
Andreia da Silva Rocha
Hegle Borges da Silva

Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCRIM) | www.ibccrim.org.br
Rua Onze de Agosto, 52, 2º andar, São Paulo, SP. CEP 01018-000

Revista Brasileira de
CIÊNCIAS CRIMINAIS

Ano 28 • vol. 174 • dezembro/2020

Diretora de Conteúdo e Operações Editoriais
Juliana Mayumi Ono

Gerente de Conteúdo
Milisa Cristine Romera

Editorial: Aline Marchesi da Silva, Diego Garcia Mendonça, Karolina de Albuquerque Araújo e Quenia Becker

Gerente de Conteúdo Tax: Vanessa Miranda de M. Pereira

Direitos Autorais: Viviane M. C. Carmezim

Assistente de Conteúdo Editorial: Juliana Menezes Drumond

Analista de Projetos: Camilla Dantara Ventura

Estagiários: Alan H. S. Moreira, Ana Amalia Strojnowski, Bárbara Baraldi e Bruna Mestriner

Produção Editorial
Coordenação
Andréia R. Schneider Nunes Carvalhaes

Especialistas Editoriais: Gabriele Lais Sant'Anna dos Santos e Maria Angélica Leite

Analista de Projetos: Larissa Gonçalves de Moura

Analistas de Operações Editoriais: Alana Fagundes Valério, Caroline Vieira, Damares Regina Felício, Danielle Castro de Morais, Mariana Plastino Andrade, Mayara Macioni Pinto e Patrícia Melhado Navarra

Analistas de Qualidade Editorial: Ana Paula Cavalcanti, Fernanda Lessa, Thaís Pereira e Victória Menezes Pereira

Designer Editorial: Lucas Kfouri

Estagiárias: Maria Carolina Ferreira, Sofia Mattos e Tainá Luz Carvalho

Capa: Andréa Cristina Pinto Zanardi

Adaptação capa: Lucas Kfouri

Líder de Inovações de Conteúdo para Print
Camilla Furegato da Silva

Equipe de Conteúdo Digital
Coordenação
Marcello Antonio Mastrorosa Pedro

Analistas: Gabriel George Martins, Jonatan Souza, Maria Cristina Lopes Araujo e Rodrigo Araujo

Gerente de Operações e Produção Gráfica
Mauricio Alves Monte

Analistas de Produção Gráfica: Aline Ferrarezi Regis e Jéssica Maria Ferreira Bueno

Estagiária de Produção Gráfica: Ana Paula Evangelista

Sumário

Direito Penal

Indulto: limites constitucionais e sindicabilidade judicial

Presidential pardons: constitutional limits and judicial review

João Pedro Accioly 19

Limites do *whistleblower* – denúncia de crimes contra a administração pública, ilícitos administrativos e ações lesivas ao interesse público

Limits of the whistleblowing – reporting crimes against public administration, administrative offences and misconducts against public interest

Marcelo Almeida Ruivo e Adriane da Fonseca Pires 41

Que juiz controlado é esse? Sísifo e a (in)utilidade dos crimes de perigo abstrato

What controlled judge is that? Sisyphus and the (in)utility of abstract danger crimes

Paulo Roberto Fonseca Barbosa 71

Processo Penal

A (in)validade das provas obtidas através do lixo sob a ótica do Direito Processual Penal brasileiro

The (in)validity of evidence obtained through garbage by the point of view of the Brazilian Criminal Procedural Law

Américo Bedê Junior e Igor Luz Carminat 119

Sobre a constitucionalidade do juiz de garantias: uma análise das medidas liminares deferidas nas ADIs 6.298, 6.299, 6.300 e 6.305 a partir da teoria dos espaços dogmáticos de Robert Alexy

The constitutionality of the guarantees judge: an analysis of the preliminary injunctions granted in the ADI's *6,298, 6,299, 6,300 and 6,305 based on Robert Alexy's theory of dogmatic spaces*

André Machado Maya e Pietro Cardia Lorenzoni 151

Estética processual, garantias fundamentais e dosimetria da pena: por uma fase processual para individualização da pena

Aesthetic of the process, fundamental guarantees and application of penalty: through a stage of individualization of the sentence

Cristiano Duro 177

Apontamentos sobre a colaboração premiada na Lei Anticrime

Notes on the cooperation agreements in the Anti-Crime Law

Frederico Valdez Pereira..... 199

Precisamos falar sobre "identidade física" do juiz: modelos de imparcialidade objetiva no processo penal

We need to talk about the "physical identity" of the judge: models of objective impartiality in the criminal proceedings

Matheus Felipe de Castro e Daniel Ghilardi..... 255

Para além dos encontros: tramas de um controle antinegro entre o dentro e o fora das audiências de custódia

Beyond the encounters: judicial practices and anti-blackness in custody hearings

Vinícius de Assis Romão..... 283

Crime e Sociedade

A face ideológica do Direito Penal progressista: potencialidades do materialismo histórico-dialético à crítica da dogmática penal

The ideological progressist Criminal Law: potentialities of historical-dialectical materialism to the critique of penal law

Bruna Rachel de Paula Diniz 319

O amigo, o inimigo e o criminoso a partir do Direito Fraterno
The friend, the foe and the criminal through Fraternal Law
Fabiana Marion Spengler e Eligio Resta..... 345

A saga de *al-Bashir*: uma análise da jurisprudência do Tribunal Penal Internacional sobre imunidade de chefes de estado e governo
The al-Bashir saga: an analysis of the International Criminal Court's jurisprudence on the immunity of heads of state and government
Michael Nunes Lawson..... 363

Índice Alfabético-remissivo

Autores..... 399

Temas..... 401

Normas de Publicação Revista Brasileira de Ciências Criminais..... 405

Diretrizes ao Corpo de Avaliadores – Revista Brasileira de Ciências Criminais..... 417

Condições para Submissão (*Check List*)..... 423

Indulto: limites constitucionais e sindicabilidade judicial

Presidential pardons: constitutional limits and judicial review

João Pedro Accioly

Doutorando e Mestre em Direito Público pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ. Professor de Direito Constitucional da Universidade Federal do Rio de Janeiro – UFRJ. Advogado.
ORCID: [https://orcid.org/0000-0003-0182-9550].
Lattes: [http://lattes.cnpq.br/6362403936234256].
jacciolyteixeira@gmail.com

Recebido em: 22.04.2020
Aprovado em: 16.08.2020
Última versão do autor: 24.08.2020

Áreas do Direito: Constitucional; Penal; Processual

Resumo: O artigo analisa a competência privativa do Presidente da República de conceder indultos e comutar penas, com ênfase no debate quanto ao seu condicionamento jurídico e controlabilidade por outros Poderes. Defende-se que a Constituição Federal de 1988 positivou restrições objetivas ao poder de indultar, ao lado de limitações que decorrem do sistema de princípios por ela inaugurado e, ainda, das causas de nulidade dos atos jurídicos em geral. Ao final, são propostos parâmetros e graus para a sindicabilidade judicial dos Decretos Presidenciais que concedam indultos.

Palavras-chave: Indulto – Graça – Comutação – Perdão presidencial – Controle judicial.

Abstract: This article analyzes the president's power to grant reprieves and pardons, focusing on the debate regarding its legal limits and judicial review. It is argued that the Brazilian Constitution of 1988 provides objective restrictions on the power to pardon, alongside limitations that result from its system of constitutional principles and others that arise from general nullity causes. At the end, parameters and degrees are proposed for the judicial syndicability of Presidential Decrees that grant pardons.

Keywords: Pardons – Reprieves – Judicial review.

Sumário: Nota introdutória. 1. Antecedentes e evolução do indulto na história constitucional brasileira. 2. A sindicabilidade dos atos políticos e as particularidades do indulto. 3. Limitações expressas e objetivas aos indultos. 4. Limitações constitucionais decorrentes do sistema de princípios jurídicos. 5. Limitações decorrentes das causas de nulidade. 6. Parâmetros e graus de sindicabilidade sugeridos. 7. Apontamentos conclusivos. Referências bibliográficas.

Nota introdutória

O indulto tem sido, em grande medida, ignorado pela ciência jurídica brasileira. Com exceção dos manuais de direito penal, que tratam perfunctoriamente do instituto no capítulo dedicado às formas de extinção da punibilidade,[1] poucos trabalhos têm sido dedicados a examinar o tema.[2]

A ausência doutrinária é ainda mais acentuada no campo do Direito Público.[3] E há uma explicação para isso: o indulto está inserido, na ótica que predomina entre os publicistas, na insepulta e mal equacionada categoria dos *atos políticos*. Assim, a matéria acabou praticamente excluída das lindes do Direito, como se o indulto fosse ato juridicamente incondicionado e ilimitado, pertencente apenas ao reino da política.

A Constituição Federal de 1988, à primeira vista, parece mesmo se limitar a prever que compete privativamente ao Presidente da República "*conceder indulto e comutar penas, com audiência, se necessário, dos órgãos instituídos em lei*" (CF, art. 84, XII). De modo explícito ou implícito, a visão dominante entendia – e, talvez, até hoje o faça – que isso era tudo o que Constituição havia a dizer a respeito do indulto, convolando a norma constitucional em permissivo genérico e incontrastável à clemência presidencial.

Tanto a interpretação constitucional como a agenda de pesquisa acadêmica devem reagir e se relacionar com o cambiante plano dos fatos. Num passado recente, a falta de atenção doutrinária ao indulto podia ser justificada pela acomodação política do instituto na prática institucional brasileira. O cenário atual, à toda evidência, mudou. Os tempos presentes – *tempos estranhos*, como costuma qualificar o Ministro Marco Aurélio – não têm sido afeitos à acomodação política de quase nada.

Entre 2018 e 2019, o Supremo Tribunal apreciou o Decreto 9.246/2017, pelo qual o ex-Presidente Michel Temer concedeu indulto natalino e comutou penas. Somente o conturbado julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade 5.874, que será analisado nas páginas seguintes, já justificaria este estudo.

---

1. *Cf.* FRAGOSO, Heleno. *Lições de direito penal*: a nova parte geral. Rio de Janeiro: Forense, 1994. p. 401; SANTOS, Juarez Cirino. *Teoria da pena*: fundamentos políticos e aplicação judicial. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 227; BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*: parte Geral. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 803.

2. Algumas exceções, de estudos específicos no campo das ciências penais acerca do indulto, merecem registro: FERREIRA, Ana Lúcia Tavares. *Indulto e sistema penal*: limites, finalidades e propostas. São Paulo: LiberArs, 2017 e ALVES, Reinaldo Rossano. *Punir e perdoar*: análise da política pública na edição dos decretos de indulto. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

3. No direito comparado, trabalhos no campo do direito público dedicados a examinar o indulto surgiram nas últimas décadas. Entre eles, destaca-se: SAN MARTIN, Jerónimo García. *El control jurisdiccional del indulto particular*. Tese (Doutorado). Facultad de Ciencias Jurídicas de la ULPGC, Departamento de Derecho Público, Universidad de Las Palmas de Gran Canaria, Las Palmas de Gran Canaria, 2006. Disponível em: [https://accedacris.ulpgc.es/bitstream/10553/1997/1/3075.pdf]. Acesso em: 16.03.2020 e DUKER, William. The president's power to pardon: a constitutional history. *William & Mary Law Review*, v. 475, 1977.

No entanto, aqui e alhures, o ascenso de populistas a governos centrais[4] tem levado a cogitações de usos teratológicos do instituto – parte delas declaradas por Chefes de Estado ou por seus auxiliares diretos. Lembre-se, apenas para ilustrar, da fala do atual Presidente dos Estados Unidos da América, segundo a qual ele poderia indultar a si próprio,[5] e da intenção pública do atual Presidente do Brasil de conceder indulto a policiais envolvidos em massacres notórios e grupos de extermínio.[6]

O primeiro objetivo deste trabalho é o de circunscrever o indulto a uma esfera de legalidade-constitucional, extraindo do ordenamento os limites jurídicos do instituto. O segundo propósito intentado é o de traçar parâmetros que permitam a criteriosa revisão judicial dos decretos de indulgência, de modo que, por um lado, possam ser fulminados aqueles que induvidosamente violem a Constituição e, por outro, possam ser preservados os Decretos que expressem escolhas juridicamente possíveis, ainda que politicamente questionáveis (*ou mesmo lamentáveis*), da autoridade democraticamente legitimada e constitucionalmente habilitada a fazê-las. Como se verá, a margem de discricionariedade franqueada pelo Direito brasileiro para a concessão de indultos é amplíssima, mas não é ilimitada.

1. Antecedentes e evolução do indulto na história constitucional brasileira

Os instrumentos de clemência nasceram ao lado dos mecanismos punitivos. Muito antes da fundação dos Estados Modernos e da organização dos sistemas penais que lhe são característicos, punição e perdão já eram *lados de uma só moeda* – assumindo contornos vários, em cada uma das igualmente variadas formas de organização social experimentadas pela humanidade – desde as mais modestas sociedades tribais até as mais complexas e sofisticadas civilizações contemporâneas.[7]

4. Sobre o tema, *cf*. REVELLI, Marco. *The new populism*: democracy stares into the abyss. Trad. David Broder. Londres: Verso, 2019; LEVITSKY, Steven; ZIBLATT, Daniel. *Como as democracias morrem*. Trad. Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Zahar, 2018; GRABER, Mark; LEVINSON, Sanford; TUSHNET, Mark. *Constitutional democracy in crisis*? Oxford: Oxford University Press, 2018.

5. KENNY, Caroline. Trump: 'I have the absolute right to pardon myself'. *CNN*, 04 jun. 2018. Disponível em: [https://edition.cnn.com/2018/06/04/politics/donald-trump-pardon-tweet/index.html]. Acesso em: 16.03.2020.

6. TRINDADE, Naira. Bolsonaro planeja indulto a policiais de Eldorado do Carajás, Carandiru e ônibus 174. *Jornal O Globo*, 31 ago. 2019. Disponível em: [https://oglobo.globo.com/brasil/bolsonaro-planeja-indulto-policiais-de-eldorado-do-carajas-carandiru-onibus-174-23919496]. Acesso em: 16.03.2020.

7. *Cf*. FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir*: nascimento da prisão. Trad. Raquel Ramalhete. Petrópolis: Vozes, 1987.

Na Grécia Antiga e no Império Romano, há registros múltiplos da extinção da punibilidade de delitos por meio de institutos análogos ao indulto.[8] Não se partirá em incursão histórica ancestral e minudente, por não se vislumbrar utilidade prática na empreitada.[9]

Para os fins almejados neste trabalho (*vide* Nota Introdutória), interessa mais o transplante do indulto dos regimes absolutistas para os sistemas democrático-constitucionais, a partir das revoluções iluministas.

No Antigo Regime, em que a figura do Monarca se confundia com a do Estado,[10] o poder do Rei de perdoar crimes não encontrava limites jurídicos nem era suscetível de controle.[11] Mas essas características não eram peculiares aos indultos de então, o absolutismo não encontrava limites formais ou materiais em qualquer diploma normativo ou estrutura institucional independente. Essa era uma configuração não dos indultos àquela época, mas do regime absolutista como um todo.

Desde suas origens remotas, o indulto frequentemente esteve permeado por intenso componente religioso.[12] No regime absolutista, justificado por Jean Bodin com base na *Teoria da Origem Divina do Poder do Rei*,[13] a concepção da *indulgentia principis* como expressão da misericórdia divina externalizada por ato incontrastável do Monarca é, de todo, coerente.[14]

A incoerência se verifica após as revoluções iluministas, quando o indulto – em suas feições absolutistas – acaba transplantado acriticamente para o seio dos embrionários Estados de Direito. Embora muitos anos tenham se passado desde a *Prise de la Bastille*, e da promulgação das primeiras constituições liberais, fato é que a incoerência apontada, em alguma medida, persiste: nem a prática nem a teoria parecem bem ter acomodado o indulto, como categoria jurídica, às exigências das democracias constitucionais.

---

8. *Cf*. MARTINEZ, José Henrique Sobremonte. *Indultos y amnistia*. Valencia: Universidad de Valencia, 1980. p. 3-12 e SERMET, Ernest. *Droit de grace*. Toulouse: Imprimerie Saint Cyprien, 1901. p. 29-117.

9. *Cf*. OLIVEIRA, Luciano. Não fale do código de Hamurábi! A pesquisa sociojurídica na pós-graduação em Direito. In: OLIVEIRA, Luciano. *Sua excelência o comissário e outros ensaios de sociologia jurídica*. Rio de Janeiro: Letra Legal, 2004. p. 137-167.

10. O fenômeno é bem ilustrado pelo brocardo "*L'État c'est moi*", cuja autoria é atribuída ao Rei francês Luís XIV, e pela oração latina "*quod principi placuit legis habet vigorem*", que pode ser traduzida como "o que agrada ao rei tem força de lei".

11. Vale sublinhar que a caracterização do Antigo Regime como um sistema de poder totalmente ilimitado implica, de um lado, uma generalização territorial e, de outro, uma simplificação didática. A realidade, sempre complexa e permeada de nuances, não é captada com nitidez por caracterizações breves, que, contudo, têm seu valor e razão de ser – sobretudo quando aplicadas a estudos de outros ramos científicos.

12. MERTEN, Detlef. *Rechtstaatlichkeit und Gnade*. Berlim: Duncker & Humblot, 1978. p. 31.

13. BODIN, Jean. *Les six livres de la République*. Paris: Fayard, 1986.

14. HESPANHA, Antônio Manuel. *Direito luso-brasileiro no antigo regime*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2005. p. 132.

O fenômeno não é exclusividade do Brasil. Mas, aos propósitos deste estudo, é a evolução do indulto na trajetória constitucional brasileira que mais interessa. Embora no período colonial haja diversos registros de perdões de delitos (muitas vezes condicionados à prestação de serviços militares),[15] a potestade ganha guarida constitucional em 1824, com a outorga de nossa primeira Carta.[16] Com a promulgação da Lei de 11 de setembro de 1826, regulamentou-se o processo de interposição do recurso de graça, dirigido ao Imperador, na hipótese de condenações à morte.[17]

Sob a vigência de nossa primeira Constituição, o "*perdão*" ou a "*moderação*" das penas costumava ser concedido, pelo Imperador, em bases individuais – com a especificação nominal dos beneficiários da medida.[18] Na lógica do Poder Moderador,[19] o instituto era tido como medida corretiva de excessos ou injustiças cometidas pelo Poder Judiciário, na aplicação das leis penais aprovadas pelo parlamento. Na prática, contudo, casos de favorecimento, injustificáveis à luz do interesse público, a pessoas próximas ao Imperador sucederam-se no período.

Com a promulgação da Constituição de 1891, tenta-se emprestar ao instituto roupagem semelhante àquela que lhe foi conferida pela Constituição estadunidense de 1787,[20] ao limitar-se o poder de clemência do Presidente da República aos "crimes sujeitos à jurisdição federal" e impedir-se a sua incidência sobre os crimes de responsabilidade, cujo perdão reservou-se privativamente ao Poder Legislativo.[21]

Na prática, especialmente durante os primeiros anos da República, nem a nova forma de governo nem a nova Constituição lograram superar os contornos arbitrários e patrimonialistas que o indulto conservava à época do império. Na denúncia eloquente de Rui Barbosa:

---

15. ALVES, Reinaldo Rossano. *Punir e perdoar*: análise da política pública na edição dos decretos de indulto. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016. p. 72.

16. Constituição Política do Império do Brasil de 1824: "Art. 101. O Imperador exerce o Poder Moderador (...) VIII. Perdoando, e moderando as penas impostas e os Réos condemnados por Sentença; IX. Concedendo Amnistia em caso urgente, e que assim aconselhem a humanidade, e bem do Estado".

17. BANDEIRA FILHO, Antônio Herculano de Souza. *O recurso de graça segundo a legislação brasileira*: contendo a indicação e análise das leis, decretos, avisos do governo e consultas do Conselho de Estado sobre a matéria. Rio de Janeiro: Tipografia do Imperial Instituto Artístico, 1878. p. 21.

18. BANDEIRA FILHO, Antônio Herculano de Souza. *O recurso de graça segundo a legislação brasileira*: contendo a indicação e análise das leis, decretos, avisos do governo e consultas do Conselho de Estado sobre a matéria. Rio de Janeiro: Tipografia do Imperial Instituto Artístico, 1878. p. 73-87.

19. *Cf*. VASCONCELOS, Arnaldo. Teoria e prática do poder moderador. *Revista de Ciência Política*, Rio de Janeiro, v. 29, n. 4, p. 72-81, 1986.

20. Constituição dos Estados Unidos da América, artigo 2º, seção II.

21. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, art. 48: "Compete privativamente ao Presidente da República: (...) 6º) indultar e comutar as penas nos crimes sujeitos à jurisdição federal, salvo nos casos a que se referem os arts. 34, nºs 28, e 52, § 2º".

> "Todos os chefes de Estado exercem essa funcção melindrosissima com o sentimento de uma grande responsabilidade, cercando-se de todas as cautelas, para não a converter em valhacoito dos máos e escandalo dos bons.
>
> Mas que fez dessa attribuição o marechal Hermes? O cabo Francisco Borges Leal, motorista de automovel no Ministerio da Guerra, incurso no crime de homicídio, é condemnado, por sentença que o Supremo Tribunal Militar confirmou, a dez annos de prisão com trabalho. Mas, onze dias depois, o presidente o agracia, e, cinco dias mais tarde, o renomeia para o mesmo emprego nessa repartição.
>
> O assassino Quincas Bombeiro, condemnado pelo Tribunal do Jury, em novembro de 1910, por crime de homicídio não obtêm provimento ao recurso, que interpôz para a Côrte de A ppellação. E' um facínora de nota, cliente habitual da policia, em cujas casas tem frequentes entradas. Mas alcança a graça do presidente, que mezes depois lhe perdôa, habilitando assim a féra a ter o papel, que teve, com o moleque Verissimo e Mendes Tavares, no assassínio do commandante Lopes da Cruz."[22]

Em que pese a sua curta duração, a Constituição de 1934, buscando evitar o uso antirrepublicano do instituto, transformou o indulto em ato complexo, subtraindo do Presidente o poder de praticá-lo de ofício. Veja-se: "Art. 56. Compete privativamente ao Presidente da República: (...) § 3º. perdoar e comutar, *mediante proposta dos órgãos competentes*, penas criminais".

Durante o Estado Novo (1937-1945), a Constituição Polaca passou a prever, como prerrogativa do Presidente da República, "exercer o direito de graça" (art. 75, f). Com a inflexão do regime, tal dispositivo foi suprimido pela Lei Constitucional 09, de 28 de fevereiro de 1945, restando na Constituição de 1937 menção apenas à anistia, que constava tanto no elenco de competências materiais como no rol de competências legislativas privativamente reservadas à União (arts. 15, XI e 16, XXV, respectivamente).

No entanto, diante da amplitude que os decretos-leis possuíam àquela época, a revogação aludida não retirou do Presidente da República o poder de clemência penal. Aliás, o Decreto-Lei 7.474, editado por Vargas em 18 de abril de 1945, tratou-se da medida mais abrangente e relevante do gênero, perdoando-se "todos quantos tenham cometido crimes políticos desde 16 de julho de 1934" até aquela data.

Ainda em 1945, mas já depois da renúncia de Getúlio, o Decreto 20.082/1945, assinado por José Linhares para indultar delitos cometidos por oficiais e praças que integraram a Força Expedicionária Brasileira na Itália, é um dos últimos atos de clemência presidencial de caráter personalíssimo, durante períodos de normalidade democrático-institucional, de que se tem notícia na história constitucional brasileira.[23]

---

22. BARBOSA, Rui. *Ruínas de um governo*. Rio de Janeiro: Editora Guanabara, 1931. p. 108.

23. Em alguns casos, o Presidente em exercício chegou a nominar os beneficiários da medida. Decreto 20.082/1945: "Art. 3º Fica concedido indulto aos civis de nacionalidade italiana Di Bartolomeo Ader e Ranzzette Soliere, empregados do Serviço de Intendência da F. E. B., da Itália e do Pôsto

Recuperando parcialmente o modelo de 1934, a Constituição de 1946 passou a exigir que o indulto e a comutação de penas fossem precedidos da "audiência dos órgãos instituídos em lei" (art. 87, XIX).

Desde então, os indultos foram sendo convolados em mecanismo de política criminal para o controle da população carcerária brasileira, beneficiando tradicionalmente condenados primários por delitos de menor potencial ofensivo. Para a determinação dos beneficiários, os Decretos concessivos passaram a estipular critérios objetivos, relativos aos crimes praticados, e subjetivos, relativos a condições pessoais dos condenados (*e.g.*, idade e saúde), mas ambos enunciados de modo genérico e abstrato.

Exemplifica essa tendência o Decreto 48.136, editado por Juscelino Kubitschek em 20 de abril de 1960, ao prever que "ficam indultados todos os sentenciados primários, considerados a penas que não ultrapassem a 3 anos de prisão e que, até a presente data, tenham cumprido um terço das mesmas com boa conduta".[24]

Reportagens da década de 1960 retratam o progressivo aumento da relevância dos Conselhos Penitenciários, bem como o paulatino desuso dos decretos de indulto individual, também referidos por *graça*.[25]

Durante os governos militares, entre 1964 e 1985, os decretos de indulto seguiram a mesma lógica assentada nos governos Kubitschek e João Goulart: beneficiavam detentos primários condenados por delitos de menor potencial ofensivo (penas de até 4 anos) que tivessem, com boa conduta carcerária, cumprido no mínimo um terço dela. Por mais paradoxal que possa parecer, os decretos de indulto foram editados com maior frequência e sistematicidade durante a Ditadura Civil-Militar iniciada em 1964 do que nos governos havidos sob as Constituições de 1824, 1891, 1934, 1937 e 1946.[26]

Regulador de Livorno, condenados pela Justiça da F. E. B., como incursos respectivamente nos art. 198, § 4º, V, e art. 181, § 3º e 182, § 5º combinado com os artigos 66, § 1º, e 314 tudo do C. P. M".

24. Seguindo a mesma lógica, ainda durante o Governo Dutra, veja-se o Decreto 24.253, de 23 de dezembro de 1947, e o Decreto 22.065, de 15 de novembro de 1946. Após o Governo Juscelino, João Goulart exarou o Decreto 51.378, de 20 de dezembro de 1961, o Decreto 51.614, de 4 de dezembro de 1962 e o Decreto 52.377, de 19 de agosto de 1963, todos no mesmo sentido dos demais.

25. *Cf.* "Não haverá indulto sem parecer do Conselho". *O Estado de S. Paulo*, 5 de out. de 1962, p. 09.

26. Nesse sentido, *v.* Decreto 90.570, de 27 de novembro de 1984; Decreto 89.097, de 5 de dezembro de 1983; Decreto 87.833, de 17 de novembro de 1982; Decreto 86.643, de 24 de novembro de 1981; Decreto 85.422, de 26 de novembro de 1980; Decreto 84.848, de 26 de junho de 1980; Decreto 84.223, de 20 de novembro de 1979; Decreto 82.589, de 6 de novembro de 1978; Decreto 80.603, de 24 de outubro de 1977; Decreto 78.800, de 23 de novembro de 1976; Decreto 76.550, de 5 de novembro de 1975; Decreto 75.076, de 11 de dezembro de 1974; Decreto 73.288, de 11 de dezembro de 1973; Decreto 71.599, de 22 de dezembro de 1972; Decreto 71.070, de 4 de setembro de 1972; Decreto 69.589, de 22 de novembro de 1971; Decreto 67.704, de 4 de dezembro de 1970; Decreto 65.775, de 2 de dezembro de 1969; Decreto 63.729, de 4 de dezembro de 1968; Decreto 61.964, de 22 de dezembro de 1967; Decreto 61.155-A, de 15 de agosto de 1967; Decreto

Na ordem constitucional inaugurada em 1988, os decretos concessivos de indultos tornaram-se mais generosos e complexos, passando a prever modalidades e critérios vários para o perdão e a comutação de penas. Desde o final da década de 1990, institucionalizou-se a publicação dos decretos ao fim de cada ano, tendo a alcunha "indulto natalino" sido formalmente adotada a partir do Decreto 6.294, de 11 de dezembro de 2007.

O Decreto 9.246, editado por Michel Temer em 21.12.2017, inaugurou o capítulo de revisão judicial abstrata dos indultos presidenciais. Proposta pela então Procuradora-Geral da República, a ADI 5.874 sustentava a inconstitucionalidade de diversos dispositivos do decreto de indulto natalino, argumentando que a medida implicava (i) ofensa à Separação dos Poderes, por usurpação da função legislativa e esvaziamento da função judicial e (ii) violação à garantia constitucional da vedação à proteção deficiente dos bens jurídicos, corolário do princípio da proporcionalidade.

Em 28.12.2017, a Min. Cármen Lúcia, então Presidente do STF, deferiu medida cautelar para suspender a eficácia dos dispositivos impugnados na ação direta, considerando o "aparente desvio de finalidade" do Decreto, ao supostamente beneficiar os condenados por "*crimes de colarinho branco*", e o potencial de "relativização da jurisdição penal que poderia advir das inovações impugnadas".

Com o fim do recesso, o relator da ação, ainda em sede de decisão monocrática, reiterou parcialmente a decisão liminar proferida pela Presidência do Supremo em sua substituição. O Ministro Luís Roberto Barroso deliberou por:

> "suspender do âmbito de incidência do Decreto n. 9.246/2017 os crimes de peculato, concussão, corrupção passiva, corrupção ativa, tráfico de influência, os praticados contra o sistema financeiro nacional, os previstos na Lei de Licitações, os crimes de lavagem de dinheiro e ocultação de bens, os previstos na Lei de Organizações Criminosas e a associação criminosa, nos termos originalmente propostos pelo CNPCP, tendo em vista que o elastecimento imotivado do indulto para abranger essas hipóteses viola de maneira objetiva o princípio da moralidade, bem como descumpre os deveres de proteção do Estado a valores e bens jurídicos constitucionais que dependem da efetividade mínima do sistema penal."

Após sucessivos pedidos de vista, a ação foi finalmente julgada em 09.05.2019. Por sete votos a quatro, o Tribunal não referendou a cautelar, revogando-a, e julgou improcedente a ação direta, nos termos do voto do Min. Alexandre de Moraes, responsável por redigir o acórdão; vencidos os Ministros Barroso, Fachin, Fux e Cármen Lúcia.

Ao votar, o Min. Alexandre de Moraes declarou ser "possível discordar da opção feita pelo Presidente da República, porém entendo não ser possível afastá-la com base em

60.522, de 31 de março de 1967; Decreto 59.574, de 18 de novembro de 1966; Decreto 57.567, de 3 de janeiro de 1966; Decreto 57.359, de 29 de novembro de 1965; Decreto 55.102, de 1º de dezembro de 1964.

superficial interpretação principiológica" e assentou três premissas básicas que receberam a adesão da maioria da Corte:

> "(1) É competência discricionária do Presidente da República a definição dos requisitos e da extensão do ato de clemência constitucional, a partir de critérios de conveniência e oportunidade.
>
> (2) O exercício do poder de indultar não fere a separação de poderes por supostamente esvaziar a política criminal estabelecida pelo legislador e aplicada pelo Judiciário, uma vez que foi previsto exatamente como mecanismo de freios e contrapesos para possibilitar um maior equilíbrio na Justiça Criminal, dentro da separação de poderes, que é uma das cláusulas pétreas de nossa Carta Magna (CF, art. 60, § 4º, III).
>
> (3) O Decreto de Indulto não é um ato imune ao absoluto respeito à Constituição Federal e, consequentemente, torna-se passível de controle jurisdicional para apuração de eventuais inconstitucionalidades, cujos limites estabelecidos nos artigos 2º e 60, §4º, III da CF, ao definir a separação de poderes, impedem a transformação do Poder Judiciário em "pura legislação", derrogando competências constitucionais expressas do Chefe do Poder Executivo e substituindo legítimas opções pelas suas."

O Decreto 10.189, de 23 de dezembro de 2019, implicou verdadeira mudança de paradigmas na prática institucional assentada quanto aos indultos. De um lado, restringiu-se drasticamente o escopo do perdão convencionalmente praticado, limitando-o ao chamado "indulto humanitário", dirigido a detentos acometidos de doenças graves. Do outro, foram criadas hipóteses abrangentes de indulgência para beneficiar apenas os "agentes públicos que compõem o sistema nacional de segurança pública".

2. A sindicabilidade dos atos políticos e as particularidades do indulto

Antes de examinar-se a controlabilidade dos atos políticos, é preciso delimitar conceitualmente tal categoria. O seu principal traço identitário está expresso na nomenclatura que lhe fora atribuída: atos políticos são aqueles que possuem forte componente político. No entanto, além de silogismos dizerem pouco, também é preciso ter cuidado com os truísmos.

Todos os atos estatais podem e, frequentemente, têm relevantes componentes e implicações políticas.[27] A nota distintiva dos atos políticos está na preponderância apriorística

27. Até 1875, o Conselho de Estado francês admitia que bastava a alegação de um móvel político (*mobile politique*) para a inibição de qualquer controle forma de controle jurisdicional quanto aos atos estatais (DUEZ, Paul. *Les actes de gouvernement*. Paris: Sirey, 1935. p. 31). ENTERRÍA, Eduardo García de. La lucha contra las inmunidades del poder en el dereceho administrativo. *Revista de Administración Pública*, v. 38, 1962. p. 184: "En 1875 el Consejo de Estado francés abandona la teoría del móvil (curiosa forma de cómo al simple contagio con el mundo político

desse componente. Proponho que a categoria englobe atos, de estatura constitucional, que promovam a estruturação interna de um Poder ou o relacionamento com outro Poder, outra unidade federativa, outro Estado soberano ou organismo internacional.[28]

Sendo a repartição de competências matéria sujeita exclusivamente à disciplina constitucional, devem os atos políticos – que consubstanciam as faculdades de maior relevo de cada Poder – também estarem confinados à Carta. As atribuições criadas por lei não poderiam, pois, configurar atos políticos.

Do ponto subjetivo, também há divergência. Odete Medauar, por exemplo, sustenta que apenas a autoridade mais elevada do Poder Executivo pode praticar atos políticos.[29] Na doutrina e na jurisprudência norte-americana, contudo, reconhece-se há muito a possibilidade de o parlamento também praticar atos políticos.[30]

Parece mais correto admitir que todos os Poderes podem praticar atos políticos. Embora os mais lembrados estejam encartados no artigo 84, que enumera as competências privativas do Presidente da República (entre as quais o poder de conceder indultos), ao Legislativo e ao Judiciário a Constituição também incumbe a prática de atos políticos.[31]

---

el acto administrativo se torna extrajurídico) y la sustituye por la llamada teoría de los actos de gobierno 'à raison de su nature'. ¿Cuáles son estos actos de gobierno por naturaleza? No obstante el énfasis del planteamiento, se renuncia a otro criterio que el puramente empírico o casuístico, y se aboca así al sistema de enumeración o de lista: son actos de gobierno aquellos que la propia jurisprudencia ha llamado actos de gobierno".

28. RANELLETTI, Oreste. *Le guarentigie della giustizia nella pubblica amministrazione*. 4. ed. Milano: Giuffrè, 1934. p. 68-69: "Noi diciamo politici gli atti, che da queste supreme considerazioni dell'interesse generale dello Stato nella sua unità sono causati, sai che concernamo la determinazione dela finalità stesse dello Stato, e la diretiva e il modo dela sua azione per il conseguimento di esse; sia che riguardino il funzionamento organico dei pubblici poteri e l'osservanza della costituzione dello Stato; sia la tutela dell'esistenza sua, della sua sicurezza, dell'integrità e tranquilità, del suo prestigio, della sua libertà d'azione, o di quelli del popolo, contro forze interne, che li offendano o mettano inperiodo, o nei rapporti intemazionali".

29. MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 20. ed. São Paulo: Ed. RT, 2016, p. 184.

30. COLE, Jared P. *The political question doctrine: justiciability and the separation of powers*. Congressional Research Service. 2014. Disponível em: [https://fas.org/sgp/crs/misc/R43834.pdf]. Acesso em: 16.03.2020.

31. Compete ao Poder Legislativo, por exemplo, instaurar comissões parlamentares de inquérito (CF/88, art. 58, § 3º); convocar Ministros de Estado para prestar informações (CF/88, art. 50); autorizar o Presidente a declarar guerra, celebrar paz e a se ausentar do país por mais de 15 dias (CF/88, art. 49, II e III); aprovar o estado de defesa e a intervenção federal, autorizar o estado de sítio, ou suspender qualquer dessas medidas (CF/88, art. 49, IV); sustar atos normativos do poder executivo (CF/88, art. 49, V); julgar as contas do Presidente da República (CF/88, art. 49, IX); escolher dois terços dos membros do Tribunal de Contas (CF/88, art. 49, XIII); elaborar o respectivo regimento interno (CF/88, art. 51, III e 52, XII). Ao Senado, compete ainda processar e julgar diversas autoridades públicas por crimes de responsabilidade (art. 52, I e II); aprovar a escolha de tantas outras autoridades indicadas pelo Presidente (art. 52, III); autorizar operações

Em relação à natureza jurídica, parece-me que atos políticos constituem categoria que demarca um regime especial de sindicabilidade sobre expedientes de diversas naturezas (*e.g.*, atos normativos, atos punitivos, atos jurisdicionais atípicos). Certo é que eles corporificam o exercício de atribuições institucionais básicas, de grande relevo político e de dilatada, porém não ilimitada nem insuscetível de controle, margem de discricionariedade.

Embora a tradição constitucional brasileira já tenha inclusive consagrado orientação positiva em sentido oposto,[32] a exclusão total da sindicabilidade judicial dos atos políticos não se coaduna com diversos dos princípios estruturantes da ordem constitucional brasileira de 1988, tais como a Supremacia da Constituição; o Princípio da República e a própria garantia de inafastabilidade do controle judicial (CF/88, art. 5º, XXXV).

Se as Leis, que também gozam de fundamento constitucional imediato e são produzidas pelo parlamento (órgão político por excelência), podem e são amplamente controladas pelo Judiciário, o que explicaria a insindicabilidade dos atos políticos? E mais grave: se o Direito brasileiro admite mesmo o controle de emendas constitucionais, por que razão haveria então uma imunidade absoluta em favor dos atos políticos?

A verdade é que o Estado Democrático de Direito é um Estado de Controle;[33] todos os agentes e atos públicos, com variações de intensidade e forma, estão sujeitos a escrutínios realizados por outros Poderes. Essa conclusão deriva do Princípio Republicano: agentes públicos devem ser amplamente responsivos, justamente porque as suas funções devem ser dirigidas ao atendimento de interesses e finalidades públicas.

Os atos políticos podem e devem ser sindicados pelo Judiciário, desde que sejam observados parâmetros e graus de controle adequados à sua natureza. No entanto, cabe o

externas de natureza financeira (art. 52, V) e suspender a execução de leis declaradas inconstitucionais pelo STF (art. 52, X).

O Judiciário, por sua vez, é competente para a requisição de intervenção federal pelo STF em caso de coação contra o Poder Judiciário por outros Poderes de unidades federativas regionais ou locais (CF/88, art. 36, I); a requisição de intervenção pelo STF, STJ ou TSE, em caso de desobediência à decisão judicial (CF/88, art. 36, II); a elaboração do regimento interno pelos magistrados de tribunais (CF/88, art. 96, I, *a*); a eleição dos respectivos órgãos diretores (CF/88, art. 96, I, *b*); a iniciativa de proposições legislativas a respeito do Poder Judiciário (alteração do número de membros, criação ou extinção de tribunais inferiores etc.).

32. As Constituições de 1934 (art. 68) e de 1937 (art. 94) estabeleciam: "É vedado ao Poder Judiciário conhecer de questões exclusivamente políticas".

33. BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia*: uma defesa das regras do jogo. 6. ed. Trad. Marco Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1997. p. 27-28: "a democracia moderna nasceu como método de legitimação e de controle das decisões políticas em sentido estrito, ou do governo propriamente dito (seja ele nacional ou local), no qual o indivíduo é considerado em seu papel geral de cidadão (...). Como já afirmei quando falei da relação entre estado liberal e estado democrático, a concessão dos direitos políticos foi uma conseqüência natural da concessão dos direitos de liberdade, pois a única garantia de respeito aos direitos de liberdade está no direito de controlar o poder ao qual compete esta garantia".

alerta: a afirmação da justiciabilidade dos atos políticos implica uma transferência de poder e, muitas vezes, representa apenas a transferência *do problema*. O Judiciário não é o repositório de toda a virtude e sabedoria humanas, muito pelo contrário.[34] Os órgãos judicantes apresentam um déficit democrático significativo, não estão imunes aos desvios que contaminam os demais Poderes e têm capacidades institucionais limitadas, especialmente quando desafiados a emitir juízos morais com base em princípios semanticamente fluídos.[35]

Partindo-se da premissa de sua controlabilidade judicial, ainda faz sentido falar em *atos políticos* e envidar esforços para a sua mais precisa conceituação? A resposta parece ser afirmativa. Como antecipado, deve haver controle, mas o exame da validade de um ato político deve ser processado de forma mais cautelosa e deferente, em consonância com as diretrizes que se procurará sugerir nos próximos tópicos.

A controlabilidade judicial parece ser ainda mais necessária no caso do indulto, que constitui um dos poucos atos políticos do Presidente da República que a Constituição não sujeitou ao controle de mérito, preventivo ou repressivo, do Poder Legislativo. Ou seja, assentada a premissa oposta – a de que os decretos de indulto são impassíveis de revisão judicial – os únicos limites à sua edição seriam os escrúpulos do Presidente da República da ocasião: solução que não se coaduna com o sistema de freios e contrapesos que caracteriza os sistemas democrático-constitucionais contemporâneos.

3. Limitações expressas e objetivas aos indultos

Os atos políticos, acaba-se de destacar, conferem intensa discrição ao agente competente para praticá-los. Contudo, não se pode, sob a égide de um Estado de Direito, confundir discricionariedade com escusa universal para arbítrios vários.[36] A Constituição não outorga cheques em branco.

Os atos políticos são juridicamente limitados; devem observar a disciplina que a Constituição lhes impõe – que, em parte, será acentuadamente flexível, mas em diversas hipóteses é específica, clara e rígida.

---

34. Rodrigo Brandão demonstra como leituras romantizadas das capacidades institucionais dos Poderes estatais têm contribuído para a construção de teorias normativas desconectadas da realidade (*Supremacia judicial* versus *diálogos constitucionais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017. p. 248-259). Ver também: ARGUELHES, Diego Werneck; LEAL, Fernando. O argumento das "capacidades institucionais" entre a banalidade, a redundância e o absurdo. *Direito, Estado e Sociedade*, Rio de Janeiro, v. 38, jan.-jun. 2011. p. 6.

35. WALDRON, Jeremy. Judges as moral reasoners. *International Journal of Constitutional Law*, v. 7, issue 1, p. 2-24, 2009. Disponível em: [https://ssrn.com/abstract=1328738]. Acesso em: 16.03.2020.

36. BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014. p. 39.

Em casos vários, o constituinte estabeleceu condicionantes de mérito e de forma para a prática de atos políticos. A intervenção federal, por exemplo, só pode ser decretada e executada nas hipóteses enumeradas pelo art. 34 e de acordo com o rito estabelecido pelo art. 36, ambos da Constituição Federal de 1988. A nomeação de Ministros do Supremo também é ato político do Presidente da República, embora a Carta preveja que eles devem ser escolhidos "dentre cidadãos com mais de trinta e cinco e menos de sessenta e cinco anos de idade, de notável saber jurídico e reputação ilibada".

Por mais óbvia que possa ser a constatação, é preciso reconhecer que há inscritos na Constituição requisitos específicos, alguns enunciados em fórmulas objetivas, que limitam a prática de atos políticos. E sem a possibilidade de controle judicial da observância de tais requisitos, eles seriam convertidos em *letra morta*; verdadeiras normas sem sanção – cuja facultatividade no cumprimento os despiria do caráter normativo que de que se dever revestir toda Constituição.

O Constituinte, no rol do artigo 5º, previu restrições objetivas à extinção da punibilidade de certos delitos:

> "XLIII – a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem."

O dispositivo, em parte pela complexidade da matéria, em parte por imprecisões de técnica normativa, requer elucidações importantes. Em primeiro lugar, é de se notar que a norma constitucional restritiva não menciona expressamente o "indulto", referindo-se apenas à graça e à anistia.

Não se deve, contudo, interpretar a lacuna como silêncio eloquente. A uma, porque não há uniformidade terminológica quanto ao instituto em estudo. Grande parte dos autores, inclusive, utilizam a expressão "direito de graça" como gênero do qual o "indulto", por vezes referido como "indulto coletivo", e a "graça", com frequência também chamada de "indulto individual", seriam espécies.[37] A duas, porque a Lei dos Crimes Hediondos expressamente colmata a lacuna identificada (Lei 8.072/1990, art. 2º, I), em absoluta consonância com o *telos* da norma constitucional regulamentada. A três, porque não haveria sentido em restringir mais o perdão da pena engendrado pelo Poder Legislativo (*a anistia*) do que a extinção da punibilidade determinada por ato unipessoal do Chefe do Poder Executivo (*o indulto*). A quatro, porque a graça não é relacionada textualmente entre as competências do Presidente da República – donde se pode concluir ou que

37. *Cf.* FRAGOSO, Heleno. *Lições de direito penal*: a nova parte geral. Rio de Janeiro: Forense, 1994. p. 401; SANTOS, Juarez Cirino. *Teoria da pena*: fundamentos políticos e aplicação judicial. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 227; BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*: parte geral. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 803.

ela foi absorvida pelo ato congênere que consta do artigo 84 da Carta (*o indulto*), ou que ela foi suprimida da ordem constitucional vigente.[38]

Por se tratar de ato de estatura constitucional sujeito à competência privativa do Chefe do Poder Executivo, entendo que o Congresso Nacional não pode, por via infraconstitucional, criar limitações adicionais ao indulto presidencial – nem na forma, nem no conteúdo.

Duas importantes exceções a essa conclusão merecem registro. Em primeiro lugar, o dispositivo constitucional transcrito impede a concessão de anistia, graça ou indulto aos delitos "definidos como crimes hediondos". Nessa parte, há clara delegação do constituinte, em favor do legislador ordinário, para, ao conferir tratamento de crime hediondo a determinadas condutas típicas, atrair o impedimento à extinção da sua punibilidade por ato de clemência do próprio parlamento ou do Presidente.

Em segundo lugar, poder-se-ia cogitar também da densificação legislativa, em fórmulas de maior precisão semântica, de restrições decorrentes de princípios constitucionais abertos – sujeitos à conformação do legislador. O tema será tratado no tópico seguinte.

4. Limitações constitucionais decorrentes do sistema de princípios jurídicos

O Direito não é apenas um sistema de regras.[39] Não se pretende discutir aqui nem as causas nem as consequências do fenômeno, mas fato é que, nas últimas décadas, ocorreu verdadeira mudança de paradigmas na hermenêutica constitucional, com acentuada transformação do papel que os princípios desempenham nos sistemas jurídicos.[40]

Os princípios – tradicionalmente concebidos como enunciações político-valorativas dotadas de efeitos meramente simbólicos – foram trazidos para o centro de gravidade dos ordenamentos, deles se extraindo, direta e indiretamente, variadas e relevantes consequências jurídicas.

Como era de se esperar, uma revolução hermenêutica de tamanha magnitude acabou por redundar em excessos. O recurso açodado e retórico aos princípios "facilita" a vida

38. Além do argumento redacional, militaria em favor dessa leitura o fato de que há cerca de 75 anos não se registra a extinção personalíssima de penas por ato do Presidente da República. Parece-me razoável, pois, propor que os decretos de indulto, *ex vi* de mutação constitucional, só poderiam ser validamente editados como medidas impessoais de política criminal.

39. *Cf.* DWORKIN, Ronald. Is law a system of rules? In: DWORKIN, Ronald. *The philosophy of law*. Londres: Oxford Press, 1977.

40. *Cf.* BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. O começo da história: a nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. In: BARROSO, Luís Roberto (Org.). *A nova interpretação constitucional*: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. Rio de Janeiro/São Paulo: Renovar, 2004.

de magistrados preguiçosos[41] e permite que o decisionismo arbitrário possa ser reduzido a termo, com ares de imperativo constitucional.[42]

A máxima aristotélica *virtus in medium est* parece ter lugar também aqui. É preciso achar um lugar entre o descrédito dos princípios como normas jurídicas e o seu uso abusivo e leviano, especialmente quando os princípios sejam parâmetro para o controle judicial de atos políticos.

Não é viável antever aqui todas as hipóteses de conflito entre os indultos e os princípios inscritos na Constituição de 1988. Em texto publicado na Revista Eletrônica Consultor Jurídico, cogitei alguns exemplos:

> "Por colidir com os princípios republicano, da impessoalidade e da moralidade, o Presidente não poderia, por exemplo, perdoar a si próprio nem conceder o benefício a seus familiares. Em função dos princípios da legalidade e da eficiência, além da teoria dos deveres de proteção dos direitos fundamentais, o presidente também não poderia conceder um indulto preventivo para certos crimes ou em favor de determinadas pessoas, no que estaria impropriamente revogando lei penal ou criando imunidades criminais."[43]

O tema será retomado no Tópico 6.

5. Limitações decorrentes das causas de nulidade

Além das limitações específicas, positivamente definidas pelo Constituinte ou pelo legislador com base em delegação ou remissão constitucional, e das restrições implícitas que decorrem do sistema de princípios jurídicos inaugurado pela Constituição de 1988, os indultos se sujeitam também às hipóteses de nulidade que condicionam a validade dos atos públicos em geral.

Novamente, não se pretende neste tópico esgotar a matéria. Mas apenas ressaltar que na revisão judicial dos decretos de indulto deve se ter em mente também a teoria das nulidades administrativas.

---

41. SUNDFELD, Carlos Ari. Princípio é preguiça? *Direito administrativo para céticos*. São Paulo: Malheiros Editores, 2017.

42. *Cf*. SILVA, Virgílio Afonso da. Comparing the incommensurable: constitutional principles, balancing and rational decision. *Oxford Journal of Legal Studies*, v. 31, p. 273-301, 2011 e STRECK, Lenio Luiz. A revolução copernicana do direito e a preservação de sua autonomia diante do panprincipiologismo. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, v. VI, p. 253-270, 2012.

43. ACCIOLY, João Pedro. O indulto não é cheque em branco. *Revista Consultor Jurídico (ConJur)*, 04 de set. de 2019. Disponível em: [www.conjur.com.br/2019-set-04/joao-pedro-accioly-indulto-nao-cheque-branco]. Acesso em 16.03.2020.

Convém declinar alguns exemplos. Em conexão com as limitações principiológicas abordadas anteriormente, não poderia subsistir validamente indulto concedido pelo Presidente da República mediante corrupção. Embora haja consideráveis dificuldades probatórias, também não se poderia admitir a subsistência de indultos praticados em desvio de finalidade.

Mais concretamente, imagine-se que o Presidente conceda indulto individual mediante coação moral. Deve o ato permanecer eficaz depois de reveladas as circunstâncias de sua adoção? A resposta não pode ser afirmativa.

O inventário de situações hipotéticas poderia seguir infinitamente, mas esse não é o propósito do texto. O tópico tem a finalidade apenas de afirmar que as causas contempladas na Teoria das Nulidades também devem ser consideradas no escrutínio judicial dos indultos.

6. Parâmetros e graus de sindicabilidade sugeridos

O controle judicial dos atos políticos não pode obedecer à lógica aplicável aos atos administrativos em geral. Decretar a intervenção federal ou a concessão de indultos não são atividades comparáveis à elaboração de um edital licitatório ou à aplicação de uma multa de trânsito.

Se os atos políticos representam atividades relevantíssimas dos Poderes estatais, atrelando-se profundamente com a garantia de sua autonomia, os órgãos judicantes devem adotar uma postura de *deferência reforçada* quando do exame de sua validade.

Somente vícios graves, inequívocos e cabalmente demonstrados parecem autorizar a anulação judicial de um ato político, entre os quais o indulto. Conectada a essa diretriz, vislumbra-se um requisito formal relevante: o ônus argumentativo reforçado.

Toda decisão judicial precisa ser motivada (CF, art. 93, IX), mas as sentenças e os acórdãos que suspendem ou invalidem ato político precisam ser especialmente fundamentadas. Não basta que se invoque princípios ou se reproduza *chavões*.

A nulificação de um ato político é medida institucionalmente gravosa e precisa ser adotada com cautela e motivação aprofundada, com vistas a facilitar o seu acatamento, prevenir embates e prestigiar argumentativamente os Poderes envolvidos.[44] Não se trata de lides ordinárias; esses processos interessam à sociedade e ao Estado brasileiro.

---

44. Nestse ponto, podem ser especialmente úteis as lições advindas das teorias de democracia deliberativa. Nesse sentido, veja-se por exemplo GUTMANN, Amy THOMPSON, Dennis. O que significa democracia deliberativa. Trad. Bruno Oliveira Maciel. *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais – RBEC*, Belo Horizonte, v. 1, n. 1, jan.-mar. 2007. p. 19. "Mais fundamentalmente, a democracia deliberativa afirma a necessidade de justificar decisões tomadas por cidadãos e seus representantes. Espera-se que ambos justifiquem as leis que eles imporiam um ao outro. Na democracia, os líderes deveriam justificar suas decisões, e responder às razões que os cidadãos dessem em retorno. Mas nem todas as questões requerem deliberação o tempo todo. A democracia

Além disso, em nome da Separação dos Poderes e da presunção de validade dos atos administrativos, convém que os magistrados competentes busquem garantir *o máximo aproveitamento do ato político viciado*. O raciocínio é similar ao da interpretação conforme a Constituição. Ao invés da invalidação *in totum* diante da constatação de qualquer defeito jurídico, os juízes devem utilizar técnicas hermenêuticas ou decisórias para, intervindo o mínimo possível, tornar o ato político impugnado compatível com a ordem jurídica.

Alguns casos recentes ajudam a refletir sobre a diretriz proposta. No afastamento do Senador Renan Calheiros da Presidência do Senado, com base na tese de que réu em processos criminais não poderia ocupar cargos na linha de sucessão presidencial, o plenário do Supremo decidiu, afinal, mantê-lo na presidência da casa legislativa e apenas afastá-lo da linha de substituição ou sucessão presidencial. No mesmo sentido, como se viu, foi a segunda decisão proferida pelo Min. Luís Roberto Barroso, ao apreciar o pedido cautelar da ADI 5.874, que, ao em vez de suspender o Decreto 9.246/2017 para todos os delitos, subtraiu a sua eficácia apenas em relação aos delitos conhecidos como "crimes de colarinho branco".[45]

No campo do controle concentrado e mesmo em sede recursal, uma diretriz processual que pode ser sugerida ao *judicial review* de atos políticos em geral e dos indultos, em particular, é o *princípio da colegialidade*. Tal *standard* inibiria o controle monocrático de atos dessa natureza, ressalvadas hipóteses de excepcional urgência – caso em que a decisão singular deveria ser liberada e pautada para julgamento colegiado na sessão subsequente.

A diretriz tende a prevenir perseguições ou favorecimentos, bem como a diminuir a animosidade entre os Poderes. Uma decisão plenária reclama mais autoridade e tem mais chances de ser acatada do que uma decisão monocrática. Em oportunidades recentes, vale lembrar, o Congresso Nacional e a Presidência da República já se mostraram dispostos a descumprir, frontal ou materialmente, decisões singulares de Ministros do

deliberativa dá espaço para muitas outras formas de tomada de decisão (incluindo barganha entre grupos, e operações secretas encomendadas por executivos), desde que a utilização destas formas seja justificada em algum ponto do processo deliberativo. Sua primeira e mais importante característica então, é sua exigência de justificação (*reasongiving*). Os motivos que a democracia deliberativa pede que os cidadãos e seus representantes deem deveriam recorrer aos princípios que os indivíduos que estão tentando encontrar termos justos de cooperação não podem rejeitar, sensatamente. Os motivos não são nem meramente processuais ('porque a maioria favorece a guerra') nem puramente substantivos ('porque a guerra promove o interesse nacional ou a paz mundial'). São motivos que deveriam ser aceitos por pessoas livres e iguais procurando termos justos de cooperação".

45. Sublinhe-se que o autor discorda do mérito de ambas as decisões citadas como exemplos da técnica hermenêutica proposta. No entanto, elas bem ilustram uma tentativa de preservação parcial do ato impugnado, por meio da reforma de decisões judiciais anteriores de caráter ainda mais intrusivo.

STF – que, de fato, por vezes, atentam contra a independência dos demais Poderes e não seriam subscritas pela maioria do Tribunal.

Por suas peculiaridades, o indulto também estará sempre sujeito a um controle incidental perante a Vara de Execução Penal competente, responsável por declarar concretamente a extinção das penas e por expedir os respectivos alvarás de soltura. Nessa hipótese, o pedido principal não corresponderá à invalidação abstrata e *erga omnes* do decreto de indulgência, mas à soltura de um apenado em particular.

Embora, ao menos em primeiro grau, não faça sentido falar em *colegialidade* para o controle incidental dos indultos, os demais parâmetros propostos parecem-me aplicáveis (*deferência*, *ônus argumentativo* e *máximo aproveitamento*).

Também é possível falar em diferentes intensidades de controle, conforme o tipo de vício identificado. Parece adequado propor que haja um controle intenso quando o decreto concessivo tenha violado requisitos constitucionais específicos de ordem objetiva (*e.g.*, *tenha contemplado crimes insuscetíveis de indulto*) ou outras regras constitucionais, inclusive aquelas inscritas nos núcleos de princípios constitucionais (*e.g.*, *o Presidente tenha concedido indulto individual para favorecer um familiar sentenciado*).

Em outros casos, o controle deve ser fraco e excepcional, isto é, a decretação da invalidade do ato só deve ser levada a cabo em casos gritantes, de vícios inequívocos e severos. Nesse rol, sugiro que sejam inclusos atos praticados em desvio de finalidade e ofensa a princípios constitucionais de baixa densidade semântica.

7. Apontamentos conclusivos

O indulto, embora constitua ato político do Presidente da República, está circunscrito a três níveis de limitações jurídicas: (i) aquelas positivadas, expressa e objetivamente, pelo Constituinte ou pelo Legislador, com base em permissivo constitucional; (ii) aquelas decorrentes do sistema de princípios inaugurado pela Constituição de 1988 e (iii) aquelas oriundas da Teoria das Nulidades.

Embora juridicamente limitado e suscetível de revisão judicial, os decretos de indulgência se sujeitam a um parâmetro exorbitante de controle, que deve ter como nortes os seguintes critérios: (i) a deferência reforçada; (ii) o ônus argumentativo reforçado; (iii) o máximo aproveitamento do ato político viciado e (iv) a colegialidade decisória, especialmente no âmbito do controle concentrado, mas também em sede recursal.

Os graus de controle também devem se ajustar ao tipo de vício identificado. Deve haver controle rígido quanto aos requisitos expressa e objetivamente positivados. Nas demais hipóteses, o controle deve ser fraco e excepcional.

Espera-se que, assim, possam ser fulminados os Decretos que induvidosamente violem a Constituição e preservados os que expressem escolhas juridicamente possíveis, ainda que politicamente criticáveis, da autoridade democraticamente legitimada e constitucionalmente habilitada a fazê-las: o Presidente da República.

Referências bibliográficas

ACCIOLY, João Pedro. O indulto não é cheque em branco. *Revista Consultor Jurídico (ConJur)*, 04 de set. de 2019. Disponível em: [www.conjur.com.br/2019-set-04/joao-pedro-accioly-indulto-nao-cheque-branco]. Acesso em: 16.03.2020.

ALVES, Reinaldo Rossano. *Punir e perdoar*: análise da política pública na edição dos decretos de indulto. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

ARGUELHES, Diego Werneck; LEAL, Fernando. O argumento das "capacidades institucionais" entre a banalidade, a redundância e o absurdo. *Direito, Estado e Sociedade*, Rio de Janeiro, v. 38, p. 6-50, jan.-jun. 2011.

BANDEIRA FILHO, Antônio Herculano de Souza. *O recurso de graça segundo a legislação brasileira*: contendo a indicação e análise das leis, decretos, avisos do governo e consultas do Conselho de Estado sobre a matéria. Rio de Janeiro: Tipografia do Imperial Instituto Artístico, 1878.

BARBOSA, Rui. *Ruínas de um governo*. Rio de Janeiro: Editora Guanabara, 1931.

BARROSO, Luís Roberto. Contramajoritário, representativo e iluminista: os papéis dos tribunais constitucionais nas democracias contemporâneas. *Revista Direito e Práxis*, Rio de Janeiro, v. 09, p. 2171-2228, 2018. Disponível em: [www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/revistaceaju/article/view/30806/21752]. Acesso em: 16.03.2020.

BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. O começo da história: A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no Direito brasileiro. In: BARROSO, Luís Roberto (Org.). *A nova interpretação constitucional:* ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. Rio de Janeiro/São Paulo: Renovar, 2004.

BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 1999.

BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014. BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*: parte geral. São Paulo: Saraiva, 2010.

BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia*: uma defesa das regras do jogo. 6. ed. Trad. Marco Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1997.

COLE, Jared P. *The political question doctrine: justiciability and the separation of powers*. Congressional Research Service. 2014. Disponível em: [https://fas.org/sgp/crs/misc/R43834.pdf]. Acesso em: 16.03.2020.

BODIN, Jean. *Les Six Livres de la République*. Paris: Fayard, 1986.

BRANDÃO, Rodrigo. *Supremacia judicial* versus *diálogos constitucionais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

DUKER, William. The president's power to pardon: a constitutional history. *William & Mary Law Review*, v. 475, 1977.

DWORKIN, Ronald. Is law a system of rules? In: DWORKIN, Ronald. *The philosophy of law*. Londres: Oxford Press, 1977.

ENTERRÍA, Eduardo García de. La lucha contra las inmunidades del poder en el dereceho administrativo. *Revista de Administración Pública*, v. 38, p. 159-208, 1962.

FERREIRA, Ana Lúcia Tavares. *Indulto e sistema penal*: limites, finalidades e propostas. São Paulo: LiberArs, 2017.

FOUCAULT, Michel. Vigiar e punir: nascimento da prisão. Trad. Raquel Ramalhete. Petrópolis: Vozes, 1987.

FRAGOSO, Heleno. *Lições de direito penal*: a nova parte geral. Rio de Janeiro: Forense, 1994.

GRABER, Mark; LEVINSON, Sanford; TUSHNET, Mark. *Constitutional democracy in crisis?* Oxford: Oxford University Press, 2018.

GUTMANN, Amy THOMPSON, Dennis. O que significa democracia deliberativa. Trad. Bruno Oliveira Maciel. *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais – RBEC*, Belo Horizonte, v. 1, n. 1, p. 17-78, jan.-mar. 2007.

HESPANHA, Antônio Manuel. *Direito luso-brasileiro no antigo regime*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2005.

KENNY, Caroline. Trump: 'I have the absolute right to pardon myself'. *CNN*, 04 jun. 2018. Disponível em: [https://edition.cnn.com/2018/06/04/politics/donald-trump-pardon-tweet/index.html]. Acesso em: 16.03.2020.

KOBIL, Daniel. The quality of mercy strained: wresting the pardoning power from the king. *Texas Law Review*, v. 569, 1991.

LAFERRIÈRE, Édouard. *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*. Paris: Berger-Levrault, 1887. t. I.

LEVITSKY, Steven; ZIBLATT, Daniel. *Como as democracias morrem*. Trad. Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Zahar, 2018.

MARTINEZ, José Henrique Sobremonte. *Indultos y amnistia*. Valencia: Universidad de Valencia, 1980.

MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 20. ed. São Paulo: Ed. RT, 2016.

MERTEN, Detlef. *Rechtstaatlichkeit und Gnade*. Berlim: Duncker & Humblot, 1978.

OLIVEIRA, Luciano. Não fale do código de Hamurábi! A pesquisa sociojurídica na pós-graduação em Direito. In: OLIVEIRA, Luciano. *Sua excelência o comissário e outros ensaios de sociologia jurídica*. Rio de Janeiro: Letra Legal, 2004.

RANELLETTI, Oreste. *Le guarentigie della giustizia nella pubblica amministrazione*. 4. ed. Milano: Giuffrè, 1934.

REVELLI, Marco. *The new populism*: democracy stares into the abyss. Trad. David Broder. Londres: Verso, 2019.

SAN MARTIN, Jerónimo García. *El control jurisdiccional del indulto particular*. Tese (Doutorado) – Facultad de Ciencias Jurídicas de la ULPGC, Departamento de Derecho Público, Universidad de Las Palmas de Gran Canaria, Las Palmas de Gran Canaria, 2006. Disponível em: [https://accedacris.ulpgc.es/bitstream/10553/1997/1/3075.pdf]. Acesso em: 16.03.2020.

SANTOS, Juarez Cirino. *Teoria da pena*: fundamentos políticos e aplicação judicial. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

SEBBA, Leslie. Criminology: the pardoning power. *Journal of Criminal Law & Criminology*, v. 83, p. 85-110, 1977.

SERMET, Ernest. *Droit de grâce*. Toulouse: Imprimerie Saint Cyprien, 1901.

SILVA, Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira da. *Em busca do acto administrativo perdido*. Coimbra: Almedina, 1995.

SILVA, Virgílio Afonso da. Comparing the incommensurable: constitutional principles, balancing and rational decision. *Oxford Journal of Legal Studies*, v. 31, p. 273-301, 2011.

STRECK, Lenio Luiz. A Revolução Copernicana do Direito e a Preservação de sua autonomia diante do Panprincipiologismo. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, v. VI, p. 253-270, 2012.

SUNDFELD, Carlos Ari. Princípio é preguiça? *Direito Administrativo para céticos*. São Paulo: Malheiros Editores, 2017.

TRINDADE, Naira. Bolsonaro planeja indulto a policiais de Eldorado do Carajás, Carandiru e ônibus 174. *Jornal O Globo*, 31 ago. 2019. Disponível em: [https://oglobo.globo.com/brasil/bolsonaro-planeja-indulto-policiais-de-eldorado-do-carajas-carandiru-onibus-174-23919496]. Acesso em: 16.03.2020.

VASCONCELOS, Arnaldo. Teoria e Prática do Poder Moderador. *Revista de Ciência Política*, Rio de Janeiro, v. 29, n. 4, p 72-81, 1986.

WALDRON, Jeremy. Judges as moral reasoners. *International Journal of Constitutional Law*, v. 7, issue 1, p. 2-24, 2009. Disponível em: [https://ssrn.com/abstract=1328738]. Acesso em: 16.03.2020.

Pesquisas do Editorial

Veja também Doutrinas relacionadas ao tema

- O indulto presidencial: origens, evolução e perspectivas, de Rodrigo de Oliveira Ribeiro – *RBCCrim* 117/423-441 (DTR\2016\139); e
- A intricada construção normativa dos decretos de indulto no Brasil (1984-2019), de Carolina Cutrupi Ferreira e Carolina Costa Ferreira – *RBCCrim* 172/19-58 (DTR\2020\12755).

Veja também Jurisprudência relacionada ao tema

- Conteúdo Exclusivo Web: JRP\2020\839819, JRP\2020\819465, JRP\2020\794442 e JRP\2019\1320392.

Veja também Legislações relacionadas ao tema

- Arts. 5º, XXXV e 84, XII CF/88 (LGL\1988\3).

Veja também Súmula relacionada ao tema

- 631 do STJ (MIX\2019\17433).

Limites do *whistleblower* – denúncia de crimes contra a administração pública, ilícitos administrativos e ações lesivas ao interesse público

Limits of the whistleblowing – reporting crimes against public administration, administrative offences and misconducts against public interest

Marcelo Almeida Ruivo

Professor do Programa de Doutorado e Mestrado em Ciências Criminais da PUCRS. Doutor em Ciências Jurídico-Criminais pela Universidade de Coimbra. *Visiting Professor* nas Faculdades de Direito das Universidades de Ferrara e Turim. Advogado.
ORCID: [https://orcid.org/0000-0003-2929-9088].
Lattes: [http://lattes.cnpq.br/0251837300025745].
marcelo.ruivo@pucrs.br

Adriane da Fonseca Pires

Doutoranda e Mestre em Ciências Criminais da PUCRS. *Visiting Scholar* na Universitat Pompeu Fabra. *Visiting Professor* nas Faculdades de Direito da PUCRS e FEEVALE. Analista Judiciário no Tribunal Regional Federal da 4ª Região.
ORCID: [https://orcid.org/0000-0001-8678-6363].
Lattes: [http://lattes.cnpq.br/1362996511744165].
adrianedafonsecapires@gmail.com

Recebido em: 04.05.2020
Aprovado em: 09.06.2020
Última versão dos autores: 31.08.2020

Áreas do Direito: Penal; Administrativo

Resumo: O presente artigo propõe a delimitação do âmbito legítimo de atuação do *whistleblower* (denunciante), introduzido no ordenamento brasileiro pela Lei 13.964/2019. A delimitação baseia-se no exame das implicações jurídicas da utilização da denúncia privada (*whistleblowing*) de ilícitos penais contra a Administração Pública, ilícitos administrativos e atos lesivos ao interesse público. Destacam-se especialmente

Abstract: This article proposes a limitation on the reasonable range of whistleblower activity, introduced in the Brazilian legal system through Federal Act no. 13,964/2019. This delimitation is based on the exam of the legal implications of the use of the whistleblowing in the criminal prosecution (crimes against Public Administration), administrative offenses and actions that could cause harm to the public interest. For the

questões como a natureza jurídica do instituto, potenciais denunciantes, objeto e finalidade da denúncia, requisitos e limites de proteção. A metodologia adotada foi o estudo do texto legal e da bibliografia científica nacional e estrangeira.

Palavras-chave: *Whistleblowing* – Informante – Crimes contra a Administração Pública – Ilícitos contra o Interesse Público – Lei Federal 13.964/2019.

purpose to achieve the goals of this paper, some issues related to the theme are highlighted – the legal nature of this institute, potential whistleblowers, the object and the purpose of this type of report. The methodology adopted was the review of legal texts and doctrinal research, based on Brazilian and foreign works of law literature.

Keywords: Whistleblowing – Whistleblower – Crimes against Public Administration – Administrative Offences – Federal Act no. 13,964/2019.

Sumário: 1. Introdução. 2. Natureza jurídica da denúncia privada (*whistleblowing*). 3. Conceitos fundamentais. 3.1. Potenciais denunciantes e agentes impedidos. 3.2. Modelos de denunciante – Interno e externo. 3.3. Criação de órgão de controle. 4. Finalidade e objeto da denúncia. 4.1. Crimes contra a administração pública, ilícitos administrativos e condutas lesivas ao interesse público. 4.2. Conceito de interesse público. 5. Requisitos e limites da proteção do informante. 6. Incentivo econômico (programa de recompensas). 7. Conclusões. 8. Bibliografia.

1. Introdução

O desafio de controle da corrupção em termos gerais tem se mostrado um problema para diversas ordens jurídicas ao redor do mundo,[1] motivando alterações legislativas penais e processuais em diversos ordenamentos. O propósito de melhor apuração dos delitos de corrupção e da criminalidade complexa[2] motivou a proposta de introdução legal do *whistleblowing* no Brasil.

O instituto da denúncia privada (*whistleblowing*) é um dos meios de obtenção de prova, mobilizados para alcançar maior efetividade no controle da criminalidade

1. RUIVO, Marcelo Almeida. O fenômeno da corrupção como desafio às ciências criminais. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 134, ano 25, 2017. p. 17; RUIVO, Marcelo Almeida. O bem jurídico do crime de corrupção passiva no setor público. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Coimbra, v. 25, 2015. p. 263-264.

2. Vide Convenção sobre Luta contra a Corrupção da OCDE (1997) inserido no ordenamento brasileiro via Decreto 3.678, de 30 de novembro de 2000. Trata-se, na expressão de Silveira e Saad-Diniz, "de um novo modal de fonte legislativa, oriundo de *soft law*" (SILVEIRA, Renato de Melo Jorge; SAAD-DINIZ, Eduardo. Compliance, *direito penal e lei anticorrupção*. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 63).

complexa, e igualmente um dos elementos de implementação da boa governança corporativa.[3] Há uma relação de complementaridade entre alguns tipos de *whistleblowing* e os sistemas de *compliance*, especialmente pelo fato de que os canais de denúncia são um dos pilares dos programas de cumprimento normativo na comunicação de condutas indevidas.[4]

A possibilidade de empregados realizarem denúncias compõe a estruturação do sistema de *compliance*, sendo um mecanismo de "governança global ou global Law"[5] que insere "mais atores que garantam a eficácia dos controles da empresa"[6] e facilitem a interlocução entre empresas e o Estado. Assim ocorre a transferência de parte da responsabilidade de fiscalização e de controle de eventuais condutas desviantes para as próprias empresas, servidores públicos ou integrantes da sociedade civil.

Esse é o contexto político criminal da introdução legislativa recente nas alterações na Lei 13.608/2018 (Lei do Disque-denúncia), promovidas pelo art. 15 da Lei 13.964/2019. Deve-se ter em conta que a promoção e a proteção de denunciantes já faziam parte do art. 33 da Convenção ONU contra a corrupção, ratificada pelo Brasil e internalizada no Decreto 5.687/2006.[7]

Nessa perspectiva, o presente artigo busca identificar limites técnico-científicos orientadores da interpretação da denúncia na forma prevista nos artigos 4º-A, B e C, da Lei 13.608/2018, evitando abusos e violações de direitos.

---

3. ORTIZ PRADILLO, Juan Carlos. *Los delatores en el proceso penal*: recompensas, anonimato, protección y otras medidas para incentivar una colaboración eficaz con la Justicia. Madri: Wolters Kluwer España, 2018. p. 30.

4. Os programas de *criminal compliance* destinam-se a duas finalidades: evitação e descobertas de crimes (TIEDEMANN, Klaus. *Wirtschaftsstrafrecht*: Einführung und Allgemeiner Teil mit wichtigen Rechtstexten. 4. ed. München: Vahlen, 2014, p. 6, nm. 11), que podem vir por meio de uma *Whistle Blowing hotline* externa à empresa (BRETTEL, Hauke; SCHNEIDER, Hendrik. *Wirtschaftsstrafrecht*. 2. ed. Sinzheim: Nomos, 2018, p. 271, nm. 600).

5. NIETO MARTÍN, Adán. Problemas fundamentales del cumplimiento normativo en el derecho penal. In: KUHLEN, Lothar; PABLO MONTIEL, Juan; ORTIZ DE URBINA GIMENO, Iñigo (Ed.). Compliance *y teoría del derecho penal*. Madrid: Marcial Pons, 2013. p. 23. Assim também, BRANDÃO, Nuno. O *whistleblowing* no ordenamento jurídico português. *Revista do Ministério Público*, n. 161, jan.-mar. 2020. p. 107; SOUZA, Artur de Brito Gueiros. O informante no sistema de *compliance*. In: WALMSLEY, Andréa; CIRENO, Lígia; BARBOZA, Márcia Noll. *Inovações da Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019*. Brasília: MPF, 2020. p. 38-39.

6. NIETO MARTÍN, Adán. Prefácio. Introducción. In: SAAD-DINIZ, Eduardo. Ética negocial e compliance: entre a educação executiva e a interpretação judicial. São Paulo: Ed. RT, 2019. p. 8.

7. "Artigo 33 – Proteção aos denunciantes – Cada Estado Parte considerará a possibilidade de incorporar em seu ordenamento jurídico interno medidas apropriadas para proporcionar proteção contra todo trato injusto às pessoas que denunciem ante as autoridades competentes, de boa-fé e com motivos razoáveis, quaisquer feitos relacionados com os delitos qualificados de acordo com a presente Convenção."

2. Natureza jurídica da denúncia privada (*whistleblowing*)

O termo inglês *whistleblowing* significa literal e originariamente o "assopro do apito", ou seja, o aviso sonoro que alerta sobre a conduta negativa de terceiro.[8] No âmbito jurídico, entende-se por "blow the whistle" o ato de denunciar algo, sendo o *whistleblower* ("assoprador de apito") o denunciante de condutas de terceiros.

A expressão "informante" (art. 4º-B, *caput*)[9] não é a mais apropriada para referir, em português, a figura do *whistleblower* da tradição jurídica do sistema do *Common Law*. Não se trata de mero informante que presta informações neutras, sem maiores repercussões na vida profissional e pessoal de terceiros. Ao contrário, a introdução legislativa disciplina a denunciação de atos ilícitos com, até mesmo, a indicação dos supostos autores das condutas, que supostamente não viriam a ser conhecidos sem a denúncia.

A definição dada pela legislação brasileira a informante é excessivamente abrangente, sendo a pessoa que relata às autoridades públicas condutas criminosas, ilícitos administrativos ou mesmo condutas contrárias ao interesse público. Em razão disso, meras irregularidades formais, sem violação do interesse público, não podem ser denunciadas, dado que o art. 4º, *caput*, indica como objeto da denúncia os "crimes contra a administração pública, ilícitos administrativos ou quaisquer ações ou omissões lesivas ao interesse público".[10]

O denunciante[11] é uma espécie do gênero colaborador com a justiça, que se diferencia do colaborador que participou da atividade delitiva e que tem sua atividade regulada por norma própria (Lei 12.850/2013). Os interesses jurídicos do denunciante podem variar desde a obtenção de uma recompensa até a contribuição ética para o controle da criminalidade, diferentemente do colaborador com a justiça que busca a minoração da pena ou perdão judicial de eventual responsabilidade penal a que estaria sujeito.

O instituto da denúncia (*whistleblowing*) é um meio de obtenção de prova voltado à fonte de prova conhecida pelo denunciante, sendo um "modo de recolhimento e

8. A origem do termo remonta aos policiais ingleses que faziam soar os seus apitos para a advertência em relação à presença de um delinquente (RAGUÉS I VALLÈS, Ramón. *Whistleblowing*: una aproximación desde el derecho penal. Madrid/Barcelona: Marcial Pons, 2013. p. 19).

9. "Art. 4º-B. O informante terá direito à preservação de sua identidade, a qual apenas será revelada em caso de relevante interesse público *ou* interesse concreto para a apuração dos fatos" (grifos nossos).

10. Lei 13.608/2018 na redação dada pela Lei 13.964/2019: "Art. 4º-A. [...] para assegurar a qualquer pessoa o direito de relatar informações sobre crimes contra a administração pública, ilícitos administrativos ou quaisquer ações ou omissões lesivas ao interesse público".

11. Neste texto, as expressões "informante" (como consta na lei) ou "reportante" (expressão frequente na literatura estrangeira) serão tratadas como sinônimos para fins da análise da legislação brasileira, ainda que designem fenômenos distintos na realidade social.

investigação de conteúdo criminalmente relevante".[12] Por essa razão está subordinado aos princípios, regras e limites da teoria das provas,[13] destacando-se a legalidade, a proporcionalidade, o contraditório e a ampla defesa – ainda que os dois últimos sejam diferidos –, sob pena de inutilidade probatória.[14]

A natureza da denúncia produz consequências jurídicas relevantes, *v.g.*: (1) nem todo fato pode ser denunciado, mas somente aqueles ilícitos que tenham a capacidade de violar o interesse público, (2) nem todo funcionário público com interesse em denunciar fato poderá ser reconhecido como informante, obtendo proteção e remuneração qualificada. Logo, não deve se reconhecer como objeto a ser reportado uma informação obtida por outro meio (*v.g.* informação colhida em investigação sigilosa em curso) ou quando não se tratar de conduta que viole interesse público.

3. Conceitos fundamentais

A efetivação do sistema de denúncia de crimes e condutas contra o interesse público em conformidade constitucional depende da realização do procedimento em observância dos seus limites jurídicos. O conhecimento específico dos conceitos fundamentais do texto legal demarca os limites de legitimidade jurídica da denúncia:

> "Art. 4º-A. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios e suas autarquias e fundações, empresas públicas e sociedades de economia mista manterão unidade de ouvidoria ou correição, para assegurar a qualquer pessoa o direito de relatar informações sobre crimes contra a administração pública, ilícitos administrativos ou quaisquer ações ou omissões lesivas ao interesse público.
>
> Parágrafo único. Considerado razoável o relato pela unidade de ouvidoria ou correição e procedido o encaminhamento para apuração, ao informante serão asseguradas proteção integral contra retaliações e isenção de responsabilização civil ou penal em relação

12. SOUSA, Susana Aires de. Ações encobertas (e outras figuras próximas) na investigação da criminalidade econômico-financeira. *Revista Julgar*, Coimbra, n. 38, 2019. p. 32; BRANDÃO, Nuno. O *whistleblowing* no ordenamento jurídico português. *Revista do Ministério Público*, n. 161, jan.-mar. 2020. p. 107. Sobre meios de prova como "instrumentos por meio dos quais as fontes de provas são conduzidas ao processo", BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo penal*. 4. ed. São Paulo: Ed. RT, 2016. p. 386 e 387-389.

13. PACELLI, Eugênio. *Curso de processo penal*. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 338 e ss.

14. GREVI, Vittorio; ILLUMINATI, Giulio. Prove. In: CONSO, Giovanni; GREVI, Giovanni; BARGIS, Marta; CERESA-GASTALDO, Massimo; DELLA CASA, Franco; GIARDA, Angelo; GIULIANI, Livia; ILLUMINATI, Giulio; MARCHETTI, Maria Riccarda; MARZADURI, Enrico; ORLANDI, Renzo; VOENA, Giovanni Paolo. *Compendio di procedura penale*. 9. Ed. Vicenza: Cedam, 2018. p. 317-318.

> ao relato, exceto se o informante tiver apresentado, de modo consciente, informações ou provas falsas.
>
> Art. 4º-B. O informante terá direito à preservação de sua identidade, a qual apenas será revelada em caso de relevante interesse público ou interesse concreto para a apuração dos fatos.
>
> Parágrafo único. A revelação da identidade somente será efetivada mediante comunicação prévia ao informante e com sua concordância formal.
>
> Art. 4º-C. Além das medidas de proteção previstas na Lei nº 9.807, de 13 de julho de 1999, será assegurada ao informante proteção contra ações ou omissões praticadas em retaliação ao exercício do direito de relatar, tais como demissão arbitrária, alteração injustificada de funções ou atribuições, imposição de sanções, de prejuízos remuneratórios ou materiais de qualquer espécie, retirada de benefícios, diretos ou indiretos, ou negativa de fornecimento de referências profissionais positivas.
>
> **§ 1º** A prática de ações ou omissões de retaliação ao informante configurará falta disciplinar grave e sujeitará o agente à demissão a bem do serviço público.
>
> **§ 2º** O informante será ressarcido em dobro por eventuais danos materiais causados por ações ou omissões praticadas em retaliação, sem prejuízo de danos morais.
>
> **§ 3º** Quando as informações disponibilizadas resultarem em recuperação de produto de crime contra a administração pública, poderá ser fixada recompensa em favor do informante em até 5% (cinco por cento) do valor recuperado."

Destacam-se alguns conceitos fundamentais na estruturação do sistema que se busca dimensionar, atentando para (1) os potenciais denunciantes e agentes impedidos da denúncia, (2) o modelo de *whistleblowing,* (3) o órgão de controle, (4) os limites, objeto e finalidade da denúncia, (5) a atuação dos sujeitos denunciante e recebedor da denúncia no tratamento da informação, (6) a proteção do denunciante contra retaliações e (7) a concessão de incentivos.

3.1. Potenciais denunciantes e agentes impedidos

Aparentemente qualquer pessoa está em condições para ser *whistleblower*, pois o texto legal não exige qualidade específica do denunciante (art. 4º-A). No entanto, "um olhar sobre o modo como o *whistleblowing* é em geral acolhido e regulado pelos legisladores permite apontar alguns dos seus traços essenciais"[15], o que torna relevante a apreciação das circunstâncias e dos requisitos de sua restrição subjetiva.

15. BRANDÃO, Nuno. O *whistleblowing* no ordenamento jurídico português. *Revista do Ministério Público*, n. 161, jan.-mar. 2020. p. 102.

A legislação não excluiu expressamente as pessoas jurídicas de serem informantes,[16] mas é necessário atentar a um impedimento pressuposto para que não seja deturpada a finalidade de identificação de crimes e de seus responsáveis. Empresas poderiam fazer denunciações falsas ou abusivas, permanecendo imunes à responsabilização criminal, já que as pessoas jurídicas não respondem criminalmente pela denúncia falsa. Por exemplo, uma empresa sócia de um consórcio poderia denunciar falsamente práticas de funcionários de outras empresas concorrentes ou mesmo sua sócia nesse consórcio.

Deve-se ter cautela para evitar a utilização de denúncias abusivas como estratégia para o beneficiamento econômico, afastando concorrentes com informações inverídicas. Igualmente há o risco de que uma empresa denuncie inveridicamente condutas ilícitas de seus funcionários, como recurso interno dos proprietários ou diretores para ameaçar ou violar direitos de terceiros, que concorrem pelos mesmos interesses na gestão da empresa.

Há duas razões contrárias à possibilidade de corporações se tornarem informantes de atos dos seus funcionários. Primeiro, não está estabelecida no ordenamento jurídico brasileiro a responsabilização penal da pessoa jurídica pela denúncia abusiva, logo a empresa não estaria sujeita à responsabilidade penal pelo cometimento intencional de crimes de denunciação caluniosa. Segundo, para evitar que a pessoa jurídica desloque a sua responsabilidade penal para o funcionário, nos casos em que existe responsabilidade penal das corporações como nos delitos ambientais. A empresa poderia, *v.g.*, imputar a responsabilidade a um empregado por determinado fato no intuito de isentar a sua responsabilização, pois a denúncia às autoridades públicas seria indicativa da eficiência de seus sistemas de controle e programas de *compliance*.[17]

A União Europeia editou, em 2019, a Diretiva 1937 para estabelecer uma disciplina abrangente e uniforme do marco legal mínimo do *whistleblowing*, indo além das regulações prévias de setores específicos, *v.g.*, Diretiva 2013/30/UE (setor financeiro) e Diretiva 2013/30/UE (meio ambiente).[18] O legislador europeu limitou apenas às pessoas naturais a possibilidade de ser denunciante protegido juridicamente, no sentido de que é "uma pessoa física que comunica ou revela publicamente informação sobre infrações obtida em um contexto de suas atividades de trabalho" (art. 5º, item 7, da Diretiva 2019/1937,

16. ÁVILA, Ana Paula Oliveira. *Proteção dos* whistleblowers *e sistema de compliance*, 2020 (artigo no prelo – manuscrito cedido pelo autor). p. 17.

17. Nos Estados Unidos, Itália e Suíça, a manutenção do sistema de *compliance* pode ser vista como causa de diminuição da pena ou de exclusão da responsabilidade da pessoa jurídica (TIEDEMANN, *Wirtschaftsstrafrecht*: Einführung und Allgemeiner Teil mit wichtigen Rechtstexten. 4. ed. München: Vahlen, 2014. p. 6, nm. 11).

18. BACHMAIER WINTER, Lorena. *Whistleblowing* europeo y *compliance*: la Directiva EU de 2019 relativa a la protección de personas que reporten infracciones del Derecho de la Unión. *Diario La Ley*, n. 9539, 18 dez. 2019. p. 1. Bachmaier destaca que mesmo os setores já regulamentados terão suas normativas complementadas pelo novo regramento (p. 2).

de 23 de outubro de 2019).[19] A uniformização proposta pela Diretiva busca o reforço do direito da União Europeia (direito comunitário), superando a escassez de informantes quando essa é uma fator-chave que repercute na eficácia da execução das leis existentes e melhora a implementação de normas em setores em que a infração ao direito europeu possa provocar graves prejuízos ao interesse público.[20]

A condição de *whistleblower* não pode ser conferida a todo o tipo de denunciante na Europa, sendo reservada àqueles com certa vinculação atual ou anterior à organização.[21] Essa característica confere especificidade e distinção ao *whistleblower* diante de um denunciante em sentido amplo.[22]

O exercício de cargo ou função pública com deveres funcionais específicos também impede o reconhecimento da condição de informante.[23] Esses deveres podem decorrer das atribuições específicas de controle, investigação ou denúncia, em razão de função, cargo ou emprego exercido, direcionados a duas principais categorias de sujeitos:[24] (1) possuidores de dever específico de investigação e (2) possuidores de dever de informação legalmente imposto. Os indivíduos do primeiro grupo possuem deveres típicos,

19. "Art. 5º […] 4) denúncia interna: a comunicação verbal ou por escrito de informação sobre infração dentro de una entidade jurídica dos setores privados ou público; 5) denúncia externa: a comunicação verbal ou por escrito de informação sobre infrações perante às autoridades competentes; [...] 7) denunciante: uma pessoa física que comunica ou revela publicamente informação sobre infrações obtida em um contexto de suas atividades de trabalho; [...] 9) contexto laboral: atividades de trabalho, presentes ou passadas, no setor público ou privado através das quais, independentemente da natureza dessas atividades, as pessoas podem obter informações sobre infrações e que nela possam sofrer represália se comunicarem dita informação [....]" (UNIÃO EUROPEIA. Parlamento Europeu. Conselho da União Europeia. *Diretiva 2019/1937 UE*. Diário Oficial da União Europeia. Edição de 26 de novembro de 2019).

20. BACHMAIER WINTER, Lorena. *Whistleblowing* europeo y *compliance*: la Directiva EU de 2019 relativa a la protección de personas que reporten infracciones del Derecho de la Unión. *Diario La Ley*, n. 9539, 18 dez. 2019. p. 1.

21. Ragués i Vallés, Ramon. *Whistleblowing*: una aproximácion desde el derecho penal. Madrid: Ed. Marcial Pons, 2013. p. 20; SOUSA, Susana Aires de. Ações encobertas (e outras figuras próximas) na investigação da criminalidade econômico-financeira. *Revista Julgar*, n. 38, maio-ago. 2019. Coimbra: Almedina, 2019. p. 40.

22. Ragués i Vallés, Ramon. *Whistleblowing*: una aproximácion desde el derecho penal. Madrid: Ed. Marcial Pons, 2013. p. 20; SOUSA, Susana Aires de. Ações encobertas (e outras figuras próximas) na investigação da criminalidade econômico-financeira. *Revista Julgar*, n. 38, maio-ago. 2019. Coimbra: Almedina, 2019. p. 40.

23. Ragués i Vallés, Ramon. *Whistleblowing*: una aproximácion desde el derecho penal. Madrid: Ed. Marcial Pons, 2013. p. 47.

24. Ragués i Vallés, Ramon. *Whistleblowing*: una aproximácion desde el derecho penal. Madrid: Ed. Marcial Pons, 2013. p. 48-49.

atuando na investigação e persecução criminal, *v.g.* dos cargos de Polícia, Ministério Público, Tribunais de Contas, Auditores da Receita Federal e Estadual.[25]

Já o segundo grupo trata daqueles agentes que exercem, no âmbito de suas obrigações profissionais primárias, atividade próxima ao âmbito de perpetração do delito ou possuem uma qualificação que lhes dá melhores condições para detecção da irregularidade.[26] Nesse grupo se inserem as pessoas obrigadas com deveres de detecção e prestação de informes sobre operações financeiras suspeitas ao COAF (art. 11 da Lei 9.613/98),[27] assim como os servidores da administração pública federal, os quais estão sujeitos ao regime jurídico da Lei Federal 8.112/90. Para esses servidores, há o dever expresso de reportar as irregularidades conforme prevê o art. 116, VI, modificado pelos arts. 43 e 44 da Lei Federal 12.527/2011.[28] Anteriormente à nova legislação, já havia previsão legal da possibilidade de participação do cidadão na apuração de ilícitos relacionados ao processo licitatório (art. 101 da Lei 8.666/93).[29]

---

25. Em relação ao Ministério Público, vide artigo 25 da Lei 8.625/1993 (Lei Orgânica Nacional do Ministério Público); LC 75/93; Resolução 13 do Conselho do Ministério Público Federal; Resolução 181 c/c 183 do CNMP e Orientação Conjunta 01 das 2ª e 5ª Câmaras do MPF. No que diz respeito à Polícia Federal, vide Portaria 155/2018, que aprova o Regimento Interno da Polícia Federal.

26. Ragués i Vallés, Ramon. *Whistleblowing*: una aproximácion desde el derecho penal. Madrid: Ed. Marcial Pons, 2013. p. 50.

27. "Art. 11. As pessoas referidas no art. 9º [das pessoas]: I – dispensarão especial atenção às operações que, nos termos de instruções emanadas das autoridades competentes, possam constituir-se em sérios indícios dos crimes previstos nesta Lei, ou com eles relacionar-se; II – deverão comunicar ao Coaf, abstendo-se de dar ciência de tal ato a qualquer pessoa, inclusive àquela à qual se refira a informação, no prazo de 24 (vinte e quatro) horas, a proposta ou realização: a) de todas as transações referidas no inciso II do art. 10, acompanhadas da identificação de que trata o inciso I do mencionado artigo; e b) das operações referidas no inciso I; III – deverão comunicar ao órgão regulador ou fiscalizador da sua atividade ou, na sua falta, ao Coaf, na periodicidade, forma e condições por eles estabelecidas, a não ocorrência de propostas, transações ou operações passíveis de serem comunicadas nos termos do inciso II. § 1º As autoridades competentes, nas instruções referidas no inciso I deste artigo, elaborarão relação de operações que, por suas características, no que se refere às partes envolvidas, valores, forma de realização, instrumentos utilizados, ou pela falta de fundamento econômico ou legal, possam configurar a hipótese nele prevista. § 2º As comunicações de boa-fé, feitas na forma prevista neste artigo, não acarretarão responsabilidade civil ou administrativa. § 3º O Coaf disponibilizará as comunicações recebidas com base no inciso II do caput aos respectivos órgãos responsáveis pela regulação ou fiscalização das pessoas a que se refere o art. 9º."

28. "Art. 116. São deveres do servidor: [...] VI – levar as irregularidades de que tiver ciência em razão do cargo ao conhecimento da autoridade superior ou, quando houver suspeita de envolvimento desta, ao conhecimento de outra autoridade competente para apuração; [...]."

29. "Art. 101. Qualquer pessoa poderá provocar, para os efeitos desta Lei, a iniciativa do Ministério Público, fornecendo-lhe, por escrito, informações sobre o fato e sua autoria, bem como as circunstâncias em que se deu a ocorrência. Parágrafo único. Quando a comunicação for verbal, mandará a autoridade reduzi-la a termo, assinado pelo apresentante e por duas testemunhas".

Por fim, não existe a possibilidade de a vítima imediata assumir a qualidade de informante, pois é presumível que tenha interesse pessoal em denunciar, o qual pode ser diverso do interesse público eventualmente ofendido.

3.2. Modelos de denunciante – Interno e externo

A lei brasileira adotou um dos dois modelos de denunciante: o modelo de denunciante externo.[30] Por isso prevê que as denúncias devem ser destinadas a órgãos de apuração externos à corporação ou à pessoa jurídica na qual a prática ilícita supostamente tenha se desenvolvido ou se desenvolveria.[31]

O modelo de denunciante interno baseia-se no incentivo à comunicação de fatos no interior da corporação, devendo a própria entidade que recebe a denúncia fazer "cessar a prática da infração, sancioná-la, disciplinarmente, e adotar as medidas necessárias para prevenir futuras infrações similares".[32] Essa modalidade faz parte de práticas empresariais direcionadas a gerenciar o risco legal, reputacional ou de outra ordem a que as organizações empresariais estão expostas. Por essa razão é mais adequado para hipóteses em que há funcionário em contato direto com as atividades ilícitas ou antiéticas e que detenha posição privilegiada para conhecer informações inacessíveis a terceiros e às autoridades públicas com poderes investigativos.

O *whistleblowing* interno consolida-se em países estrangeiros como elemento decisivo na defesa para afastar ou reduzir a responsabilidade criminal imputada.[33] O regular funcionamento do canal de denúncias é um dos elementos de verificação da efetividade do programa de *compliance* em defesa da corporação. Mesmo que se saiba que esse sistema não está isento de inconvenientes decorrentes da ingerência das empresas na apuração de eventuais delitos.[34]

---

30. Considera-se denunciante externo também aquele que denuncia diretamente para órgão de imprensa, meios de comunicação de massa.

31. Denúncias aos meios de comunicação ou ao público em geral via internet ou outros canais também são atos de *whistleblowing* externo (Ragués i Vallés, Ramon. *Whistleblowing*: una aproximácion desde el derecho penal. Madrid: Ed. Marcial Pons, 2013. p. 147).

32. GARCÍA-MORENO, Beatriz. *Del alertador al* whistleblower: la regulación europea de los canales de denuncia. Tese (Doutorado) – Universidad de Castilla la Mancha (UCLM), Ciudad Real, 2019. p. 26.

33. BLUMENBERG, Dirk; GARCÍA-MORENO, Beatriz. Retos prácticos de la implementación de programas de cumplimiento normativo. In: HORTAL IBARRA, Juan Carlos; VALENTE IVAÑEZ, Vicente (Coord.). *Responsabilidad de la empresa y* compliance: programas de prevención, detección y reacción penal. Buenos Aires: B de F/Madrid: EDISOFER, 2014. p. 289.

34. Ramon Ragués aponta algumas incertezas sobre inconveniências desse sistema para as políticas públicas de prevenção de delitos: o fato de a empresa potencialmente responsável ser a primeira a conhecer da denúncia; a posição de privilégio da empresa potencializa a possibilidade de destruição de provas e ameaça a testemunhas e a delegação às corporações de atividades quase

A identificação de riscos e práticas irregulares por parte do *whistleblower* otimiza os resultados da atividade fiscalizadora do Estado sobre as corporações,[35] especialmente nos ordenamentos que preveem ampla responsabilidade penal da pessoa jurídica, *v.g.*, EUA[36] e Espanha. Por exemplo, os Estados Unidos da América propuserem o *Sarbanes-Oxley Act* (*SOX*) após escândalos financeiros em 2002, obrigando todas as empresas com papéis na bolsa a adotarem sistema de denúncias internas.[37] Posteriormente, a *Dodd-Franck Act*, de 2010, passou a incentivar os trabalhadores do sistema financeiro a denunciar ilícitos diretamente a agências governamentais, *v.g.*, a *Securities Exchange Comission* (SEC)[38], o que importou "uma virada, nos EUA, no início da corrente década, em prol do *whistleblowing* externo, ambos problemáticos".[39]

policiais com o risco de violação aos direitos dos violados (RAGUES I VALLES, Ramon. El fomento de las denuncias como instrumento de política criminal contra la criminalidad corporativa: *whistleblowing* interno e externo. In: HORTAL IBARRA, Juan Carlos; VALENTE IVAÑEZ, Vicente. *Responsabilidad de la empresa y* compliance: programas de prevención, detección y reacción penal. Buenos Aires: B de F/Madrid: EDISOFER, 2014. p. 475).

35. GARCÍA-MORENO, Beatriz. *Del alertador al* whistleblower: la regulación europea de los canales de denuncia. Tese (Doutorado) – Universidad de Castilla la Mancha (UCLM), Ciudad Real, 2019. p. 26-27.

36. A *Sarbanes-Oxley Act* (*SOX*) foi proposta em 2002 após escândalos financeiros, obrigando todas as empresas com papéis na bolsa a adotarem sistema de denúncias internas (*Sarbanes-Oxley Act of 2002*, Pub. L. No. 107-204, 116 Stat. 745). Essa lei é um marco na regulamentação dos canais de denúncias (internos e externos) com a garantia do anonimato ou confidencialidade ao denunciante e outros meios de proteção. O canal de denúncia interno é priorizado no SOX com intuito de facilitar a investigação imediata, a correção da conduta ilícita e minimização de custos operacionais dentro da organização (DWORKIN, Terry Morehead; ARBOR, Ann. SOX and Whistleblowing. *Michigan Law Review*, n. 8, jun. 2007. p. 1759).

37. *Sarbanes-Oxley Act of 2002*, Pub. L. No. 107-204, 116 Stat. 745. Essa lei é um marco na regulamentação dos canais de denúncias (internos e externos) com a garantia do anonimato ou confidencialidade ao denunciante e outros meios de proteção. O canal de denúncia interno é priorizado no SOX com intuito de facilitar a investigação imediata, a correção da conduta ilícita e minimização de custos operacionais dentro da organização (DWORKIN, Terry Morehead; ARBOR, Ann. SOX and Whistleblowing. *Michigan Law Review*, n. 8, jun. 2007. p. 1759).

38. Esse modelo externo é criticado pelo risco de esvaziamento do modelo interno de denúncia direcionada a prevenir fraudes corporativas (LEON BERINI, Arturo Gonzáles de. El criminal *compliance* en la reforma norteamericana de la Dodd-Frank Act. In: SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María (Dir.); MONTANER FERNÁNDEZ, Raquel (Coord.). *Criminalidad de empresa y* compliance: prevención y reacciones corporativas. Barcelona: Atelier, 2013. p. 137).

39. LOBATO, Danilo Tavares. Breves reflexões sobre o *criminal compliance*. *Revista de Estudos Criminais*, n. 73. abr.-jun. 2019. p. 70. Para Lobato, "o modelo externo produz, com certa frequência, uma colisão de deveres e direitos, já que a transmissão de informações pode, por exemplo, infringir os sigilos privado e profissional tutelados, além de chamar a atenção dos órgãos de persecução para os negócios empresariais; [sendo, ainda] duvidoso que a introdução de canais internos seja compatível com o interesse público de tomar conhecimento e dar início à persecução de crimes

Em âmbito europeu, o artigo 7.º, n. 2, da Directiva 2019/1937 orienta que os Estados-Membros incentivem a denúncia através de canais de denúncia interna antes de se proceder a denúncia pelos canais externos. Isto é, "sempre que a violação possa ser eficazmente resolvida a nível interno e sempre que o denunciante considere não existir risco de retaliação"[40]. Contudo, não há uma escala de prioridades a ser observada pelo denunciante entre as modalidades citadas.

Na previsão legal brasileira, há igualmente traços do modelo de denunciante interno na previsão de apuração de denúncias pelas denominadas "unidades de ouvidorias ou correição", organismos que deverão ser criadas internamente aos órgãos públicos, conforme o art. 4º-A, *caput*, Lei 13.608/2018.[41] Esses órgãos de correição internos da Administração Pública, direta e indireta, são pontos de aproximação do modelo de denunciante interno, sendo considerados órgãos análogos aos canais internos próprios do programa de *compliance* corporativo empresarial, com atribuição de recebimento e processamento inicial das denúncias.[42] Mesmo assim, o modelo de denunciante no serviço público brasileiro segue sendo estruturalmente externo com a previsão pontual de órgãos internos.

No Brasil, a responsabilidade penal da pessoa jurídica encontra-se restrita aos delitos ambientais, logo ainda não se pode aferir a efetividade desse incipiente modelo legislativo. A previsão de programa de *compliance* aparece apenas no art. 7º, VIII, da Lei 12.846/2013 (Lei Anticorrupção), entendido legalmente como mecanismo de integridade e incentivo à denúncia que permite mensurar a dosimetria das sanções extrapenais às corporações.

A opção pelo modelo externo concretiza-se na inserção do denunciante na Lei 13.608/2018, que estabelece o serviço telefônico para o recebimento de denúncias (Disque-denúncia), agora implantando o sistema de recompensa por informações úteis às investigações policiais. Caso a opção fosse eventualmente pelo modelo interno de *whistleblowing*, a inserção em lei empresarial ou específica da matéria seria tecnicamente mais acertada.

---

e de infrações administrativas, posto que a experiência demonstra que, não raras as vezes, os corporate crimes são cometidos em benefício das próprias corporações" (idem).

40. UNIÃO EUROPEIA. Parlamento Europeu. Conselho da União Europeia. *Diretiva 2019/1937 UE*. Diário Oficial da União Europeia. Edição de 26 de novembro de 2019.

41. "Art. 4º-A. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios e suas autarquias e fundações, empresas públicas e sociedades de economia mista manterão unidade de ouvidoria ou correição, para assegurar a qualquer pessoa o direito de relatar informações sobre crimes contra a administração pública, ilícitos administrativos ou quaisquer ações ou omissões lesivas ao interesse público."

42. GOMES MARTÍN, Victor. Compliance y derechos de los trabajadores. In: HORTAL IBARRA, Juan Carlos; VALIENTE INVAÑEZ, Vicente (Coord.). *Responsabilidad de la empresa y* compliance*:* programas de prevención, detección y reacción penal. Buenos Aires: B de F/Madrid: EDISOFER, 2014. p. 429.

A modalidade brasileira caracteriza-se ainda pela amplitude conceitual, abarcando também a regulamentação do *whistleblower* portador da *notitia criminis*,[43] com narrativa mínima dos fatos e possíveis autores, juntada de documentos ou de outros elementos. Há a possibilidade, em momento posterior, do *whistleblower* ser convocado para prestar esclarecimentos complementares às autoridades.[44]

3.3. Criação de órgão de controle

A lei brasileira estabelece o dever de criar órgão de controle dentro de cada entidade, com dever de recebimento, admissibilidade e monitoramento das informações prestadas pelo denunciante.

Atualmente, tramita na Câmara dos Deputados projeto de lei sobre a indicação da autoridade responsável pelo encargo de receptor das denúncias. O PL 11.116/2018 prevê a criação das chamadas unidades de recebimento de relatos para o tratamento dos relatos dos denunciantes dentro das instituições públicas.[45] Há exigências de qualificação e permanência dos servidores componentes dos órgãos de controle, como o mandato mínimo de dois anos, treinamento e experiência em investigações internas ou sindicâncias, habilidades necessárias para as tarefas de diligência e de monitoramento.[46]

A estrutura do órgão previsto na lei vigente como "ouvidoria" é mais complexa do que a estrutura habitual das ouvidorias, sendo imprópria tecnicamente essa denominação. O trabalho realizado em ouvidorias ordinárias (diferente das ouvidorias da Lei 13.964/2019) não comporta juízo de admissibilidade para a depuração das informações recebidas. A nova determinação legal exige mais. O recebimento da denúncia contendo

43. DADICO, Claudia Maria. *Análise do PL n. 882/2019*. Nota Técnica. Disponível em: [www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/grupos-de-trabalho/56a-legislatura/legislacao-penal-e-processual-penal/documentos/audiencias-publicas/NotaTecnica.pdf]. Acesso em: 26.07.2019. Segundo a Nota Técnica do IBCCRIM, "ao permitir que a mera *notitia criminis* possa ser utilizada como prova, o projeto faz tabula rasa do devido processo legal, onde as provas apresentadas são submetidas ao contraditório e as partes e o juízo podem formular perguntas às testemunhas" (BRASIL. Instituto Brasileiro de Ciências Criminais. *Nota Técnica sobre o Pacote Anticrime*, 2019. p. 41).

44. DADICO, Claudia Maria. *Análise do PL n. 882/2019*. Nota Técnica. Disponível em: [www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/grupos-de-trabalho/56a-legislatura/legislacao-penal-e-processual-penal/documentos/audiencias-publicas/NotaTecnica.pdf]. Acesso em: 26.07.2019.

45. Projeto de Lei n. 11.116/2018 busca instituir o "Programa Nacional de Proteção e Incentivo a Relatos de Suspeitas de Irregularidades no âmbito dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios", com o fim de assegurar a participação da sociedade no relato de informações em defesa do interesse público. Encontra-se atualmente apensado ao PL 9167/2017, o qual está sujeito à apreciação do Plenário da Câmara dos Deputados desde novembro de 2017.

46. Art. 9º do PL n. 11.116/2018

informação significativa impulsiona o procedimento investigatório inicial,[47] que precisa ser estruturado para coletar eficientemente elementos que fundamentem o início da investigação. Isso inclui o tratamento de dados pessoais do denunciante e do denunciado, evitando o comprometimento dos atos investigatórios.

O art. 4º da Lei Geral de Proteção de Dados brasileira (Lei 13.709/2018),[48] com início da vigência previsto para agosto de 2020,[49] exclui expressamente a possibilidade de seus métodos e técnicas serem aplicados a investigações penais, diante do caráter prévio à judicialização das denúncias.[50] Mesmo assim a gestão da informação das denúncias é vital tanto na apuração de fatos denunciados[51] quanto na constituição de elemento de prova nas instâncias administrativas e judiciais.

A nova legislação também não previu prazo sequer de duração da investigação, causando insegurança jurídica sobre a duração do processamento, que poderá variar diante da complexidade do relato. É por isso que o estabelecimento prévio dos atos do ciclo da denúncia oferece previsibilidade, segurança e controle para o denunciante, bem como a melhor administração do conteúdo pelos órgãos de apuração.

Com o intuito de realizar uma regulação mais detalhada, com a superveniência do Decreto 10.153/2019[52], artigo 4º e parágrafos, foram estabelecidas cinco diretrizes sobre o processamento das denúncias em nível federal: (1) o recebimento da denúncia deve ser feito por unidade de ouvidoria do órgão ou entidade responsável, (2) a garantia da recepção da denúncia exclusivamente por meio desses órgãos, (3) a responsabilização do agente público que recusar ilegalmente denúncia em conformidade com o regramento do decreto, (4) a orientação dos agentes públicos sem função na ouvidoria para que

47. BLUMENBERG, Dirk; GARCÍA-MORENO, Beatriz. Retos prácticos de la implementación de programas de cumplimiento normativo. In: HORTAL IBARRA, Juan Carlos; VALENTE IVAÑEZ, Vicente (Coord.). *Responsabilidad de la empresa y* compliance: programas de prevención, detección y reacción penal. Buenos Aires: B de F/Madrid: EDISOFER, 2014. p. 293-294.

48. "Art. 4º. Esta Lei não se aplica ao tratamento de dados pessoais: [...] III – realizado para fins exclusivos de: […] d) atividades de investigação e repressão de infrações penais; [...] § 1º O tratamento de dados pessoais previsto no inciso III será regido por legislação específica, que deverá prever medidas proporcionais e estritamente necessárias ao atendimento do interesse público, observados o devido processo legal, os princípios gerais de proteção e os direitos do titular previstos nesta lei."

49. A Lei 13.853/2019 cria a autoridade nacional de proteção de dados e adia o início da vigência da Lei 13.709/2018 (LGPD).

50. MONTIEL, Juan Pablo. Sentido y alcance de las investigaciones internas en la empresa. In: HORTAL IBARRA, Juan Carlos; VALENTE IVAÑEZ, Vicente (Coord.). *Responsabilidad de la empresa y* compliance: programas de prevención, detección y reacción penal. Buenos Aires: B de F/Madrid: EDISOFER, 2014. p. 498.

51. A Presidência da Câmara dos Deputados criou uma comissão de juristas para elaborar proposta de lei sobre o uso de dados pessoais em investigação de infrações penais em 26.11.2019.

52. O Decreto 10.153/2019 dispõe sobre as salvaguardas de proteção à identidade dos denunciantes de ilícitos e de irregularidades praticadas contra a administração pública federal, direta e indireta.

direcionem o denunciante a procurar o Sistema de Ouvidoria do Poder Executivo federal e (5) na eventualidade de receber a denúncia, encaminhar imediatamente à unidade do Sistema de Ouvidoria do Poder Executivo Federal adequada, preservado a publicidade da denúncia e da identidade do denunciante.[53]

O decreto determina que as denominadas *Unidades do Sistema de Ouvidoria do Poder Executivo Federal* garantam ao denunciante a escolha do melhor meio para formular a denúncia (inclusive oral), o acesso gratuito aos meios e canais oficiais de recebimento de denúncia e o conhecimento dos trâmites necessários para a realização de uma denúncia, observada a Lei de Acesso à Informação (Lei 12.527/2011).[54]

Cada unidade do Sistema de Ouvidoria deverá implantar procedimentos de recebimento, triagem e encaminhamento das denúncias para a proteção das informações recebidas, sem que exista detalhamento específico do procedimento no art. 9º do Decreto 10.153/2019. A falta de procedimento previamente estabelecido cria o risco de demasiada acolhida de denúncias,[55] sobrecarregando as autoridades para além das suas capacidades de adequado processamento.[56]

4. Finalidade e objeto da denúncia

A redação legal também não apresenta a melhor técnica legislativa na definição do objeto e da finalidade da denúncia. A finalidade é indicada, no art. 4º-A, *caput,* como sendo "assegurar a qualquer pessoa o direito de relatar informações sobre crimes contra a administração pública, ilícitos administrativos ou quaisquer ações ou omissões lesivas ao interesse público".

A legislação procurou limitar o objeto do relato aos crimes contra a Administração Pública, todavia ampliou demasiadamente as possibilidades de relato às infrações não penais. Isto é, alargou as hipóteses de denúncia para abranger ilícitos administrativos e ações ou omissões lesivas ao interesse público.

As informações prestadas devem ser sempre de interesse público, podendo acarretar prejuízos profissionais e de outros direitos individuais de terceiros implicados. Logo deve haver cuidado no estabelecimento de critérios de admissibilidade do relato. A admissão de denúncia do *whistleblower* protegido por cláusula de anonimato ou confidencialidade,

53. Art. 4º e parágrafos do Decreto 10.153/2019.

54. Art. 5º e incisos do Decreto 10.153/2019.

55. SAAD-DINIZ, Eduardo. Ética negocial e compliance: entre a educação executiva e a interpretação judicial. São Paulo: Ed RT, 2019. p. 179.

56. Ragués i Vallés, Ramon. Whistleblowing: una aproximácion desde el derecho penal. Madrid: Ed. Marcial Pons, 2013. p. 76.

como fonte inicial de conhecimento com aparente credibilidade e verossimilhança, não supera a necessidade de comprovação posterior da exatidão de seu conteúdo.[57]

Assim, a verificação inicial da plausibilidade dos relatos, que será seguida pela aferição mais profunda da higidez de seu conteúdo, precisa resguardar direitos fundamentais das pessoas denunciadas, especialmente a presunção de inocência e direito à ampla defesa.

4.1. Crimes contra a administração pública, ilícitos administrativos e condutas lesivas ao interesse público

Os crimes contra a Administração Pública como objeto de denúncia são os delitos previstos no Título XI do Código Penal e em leis especiais. Em atenção aos limites de extensão, bem como aos objetivos deste texto, elenca-se os delitos que podem ser objeto de reporte por parte de um informante sem maiores digressões ou aprofundamentos a respeito.

O Código Penal apresenta seis grupos de crimes contra a Administração Pública: (1) crimes praticados por funcionário público contra a Administração em Geral (arts. 312 a 326 – *v.g.*, peculato, prevaricação, corrupção passiva, facilitação ao contrabando), (2) crimes praticados por particular contra a Administração em Geral (arts. 328 a 337-A – *v.g.*, tráfico de influência, corrupção ativa, descaminho), (3) crimes praticados por funcionário público contra a Administração Pública estrangeira (art. 337-B – corrupção ativa em transação comercial internacional e art. 337-C – tráfico de influência em transação comercial internacional), (4) crimes contra a Administração de Justiça (arts. 338 a 359 – *v.g.*, denunciação caluniosa, favorecimento pessoal) e (5) crimes contra as finanças públicas (arts. 359-A a 359-H – *v.g.*, contratação de operação de crédito, ordenação de despesa não autorizada), inseridos pela Lei de Responsabilidade Fiscal (Lei Complementar 101/2000).

Há igualmente crimes próprios de funcionários públicos previstos na legislação penal especial, *v.g.*, crimes contra a ordem tributária, como o extravio de livro oficial, patrocínio, direto ou indireto, de interesse privado perante a administração fazendária, valendo-se da qualidade de funcionário público (art. 3º da Lei 8.137/90).

Já o ilícito administrativo é a conduta lesiva ao interesse público com previsão expressa na legislação, dividindo-se em duas modalidades. O ilícito administrativo puro ou propriamente dito é a violação à regra estatutária (administrativa em sentido amplo).[58] O ilícito administrativo penal possui caráter dúplice por estar previsto em dispositivos

57. ORTIZ PRADILLO, Juan Carlos. *Los delatores en el proceso penal:* recompensas, anonimato, protección y otras medidas para incentivar una colaboración eficaz con la Justicia. Madri: Wolters Kluwer España, 2018. p. 84-85 e 88.

58. CRETELLA JÚNIOR, José. Do ilícito administrativo. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, n. 244, 1973. p. 135.

estatutários e penais, sendo que se origina na esfera administrativa e transcende para a judicial.[59]

A Lei da Improbidade Administrativa (Lei Federal 8.429/92) dispõe sanções aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional. A lei define três modalidades de atos de improbidade administrativa: (1) os que importam enriquecimento ilícito (art. 9º), (2) aqueles que causam prejuízo ao erário (art. 10) e que decorrem de concessão ou aplicação indevida de benefício financeiro ou tributário (art. 10-A) e (3) os que atentam contra os princípios da administração pública (art. 11).[60] Entre os princípios da administração pública estão os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade e lealdade às instituições.

O objeto da denúncia é alargado com a possibilidade de reportar não apenas crimes e ilícitos administrativos, mas também aparentemente qualquer conduta ofensiva ao interesse público. A locução "ações ou omissões lesivas ao interesse público" é demasiadamente ampla e imprecisa. Diferentemente, o mencionado Projeto de Lei 11.116/2008 indica alíneas com diretrizes de caracterização da "suspeita de irregularidade" (art. 2º, § 1º).[61]

É duvidoso que denúncia sobre discriminação não criminosa, má prestação do serviço público ou de desperdícios de recursos públicos (*v.g.* não apagar a luz ao sair dos ambientes, deixar computador e ares-condicionados ligados ao sair),[62] que não configurem crimes ou improbidade administrativa, possam ser objeto de *whistleblowing*. Trata-se de decorrência do modelo de denunciante adotado no Brasil, em que o recebimento e o

59. CRETELLA JÚNIOR, José. Do ilícito administrativo. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, n. 244, 1973. p. 135.

60. BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 213.

61. "Art. 2º [...] § 1º A crença do denunciante, fundada em motivos razoáveis, da ocorrência de ação ou omissão, passada, presente ou iminente, que, se confirmada: (I) configuraria descumprimento, público ou privado, de dever legal ou regulamentar; (II) atentaria contra: a) os princípios da administração pública, o patrimônio público, a probidade administrativa e a prestação de serviços públicos; b) os direitos e garantias fundamentais e demais direitos humanos, inclusive os decorrentes do disposto no art. 5º, § 2º, da Constituição Federal; c) a organização e o exercício dos direitos sociais, de nacionalidade e políticos, e as relações de trabalho; d) a ordem econômica e tributária e o sistema financeiro; e) o meio ambiente, a saúde pública, as relações de consumo e a livre concorrência; f) bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico, a ordem urbanística e o patrimônio cultural e social; g) o interesse público".

62. Em sentido contrário, Dezem entende com uma amplitude maior cabendo denunciação de qualquer "indevido desperdício de recursos públicos, quaisquer atos que coloquem em risco os direitos dos indivíduos do país" (DEZEM, Guilherme Madeira. Alterações na Lei do Disque-Denúncia (art. 15). In: DEZEM, Guilherme Madeira; SOUZA, Luciano Anderson de. *Comentários ao Pacote Anticrime (Lei 13.964/2019)*. São Paulo: Ed. RT, 2020. p. 2).

processamento dos fatos reportados são feitos por pessoas afastadas do exercício cotidiano das funções. Logo só faz sentido relatar fatos mais graves.

Ao contrário, no modelo *whistleblowing* interno, o conteúdo reportado é mais amplo, já que há mais proximidade de quem recebe a denúncia dos fatos cotidianos reportados que poderiam ser diretamente corrigidos. Nesse modelo faz mais sentido a denúncia de meras infrações ao código de ética ou ao código de conduta da instituição pública ou privada.

4.2. Conceito de interesse público

O conceito de interesse público expressa o bem-estar geral, diferente dos interesses dos agentes de Estado,[63] sem que exista "norma de prevalência, relativa ou absoluta, do interesse público sobre o particular" *a priori*.[64] Isso, porque o interesse público decorre da harmonização dos interesses particulares, enquanto membros da sociedade, o que impede a descrição autônoma ou contraposta de ambos,[65] devendo ser apreciado no contexto específico.[66]

As motivações pessoais do *whistleblower* não devem ser analisadas para a admissão do seu relato, haja vista a dificuldade prática de diferenciação entre o interesse público e o interesse pessoal.[67] O importante é que o interesse público esteja presente.

O interesse público no contexto do *whistleblowing* é a oportunização da investigação de fato ilícito penal ou extrapenal, irregular ou antiético, sem violação ilícita de direitos fundamentais dos denunciados ou implicados. Isto é, o interesse de que as autoridades conheçam comportamentos ilícitos cometidos no interior de organização privada ou

63. ANDRADE E SILVA, Danielle. Interesse público: necessidade e possibilidade de sua definição no Direito Administrativo. *Direito constitucional, administrativo, tributário e filosofia do direito*. Brasília: ESAF, 2000 (Coleção Bureau Jurídico, v. II). p. 27 e 30.

64. RUIVO, Marcelo, *Criminalidade financeira*: contribuição à compreensão da gestão fraudulenta. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed, 2011. p. 34.

65. ÁVILA, Humberto. Repensando o "princípio da supremacia do interesse público sobre o particular". *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo: Malheiros, 1998. nº 24, p. 168-170 e 179-180.

66. ANDRADE E SILVA, Danielle. Interesse público: necessidade e possibilidade de sua definição no direito administrativo. *Direito constitucional, administrativo, tributário e filosofia do direito*. Brasília: ESAF, 2000 (Coleção Bureau Jurídico, v. II). p. 27 e 30.

67. BACHMAIER WINTER, Lorena. *Whistleblowing* europeo y *compliance*: la Directiva EU de 2019 relativa a la protección de personas que reporten infracciones del Derecho de la Unión. *Diario La Ley*, n. 9539, 2019. A autora menciona, ainda, que o Reino Unido, ao perceber que, na prática, o conceito de boa-fé do relato havia se convertido em um obstáculo para a proteção dos denunciantes, eliminou esse requisito na reforma legal de 2013, orientação seguida pela Diretiva 2019/1937 UE (Ob. cit., p. 5).

pública.[68] A necessidade dessa leitura decorre da coerência com o texto legal e o ordenamento jurídico brasileiro.

A denúncia deve conter "informação socialmente relevante no que respeita aos riscos gerados, a irregularidades ou a negligências cometidas no seio da organização (especialmente fatos com aparência delitiva)".[69] Fatos esses que o informante não pode estar envolvido, segundo opção legislativa brasileira.

Um relato razoável traz indícios mínimos e plausíveis de crime, improbidade, irregularidade e de seus autores. García-Moreno defende, como critério subjetivo para avaliação da razoabilidade do reporte, o reconhecimento na crença razoável do denunciante sobre a veracidade das informações denunciadas[70], o que se mostra pouco adequado dada a vagueza desse vetor. Em verdade, o importante é a verossimilhança do relato, liberando-se o juízo da razoabilidade da dependência na crença pessoal na aparência de boa-fé do denunciante.

5. Requisitos e limites da proteção do informante

A Convenção Interamericana contra a Corrupção da OEA de 1996 orienta a instituição de medidas para assegurar eficácia de ações de prevenção, detecção, punição e erradicação da corrupção no exercício das funções públicas (art. III, item 8, do Decreto 4.410/2002).[71] A Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, de 2003, re-

68. RAGUÉS I VALLÈS, Ramón. ¿Héroes o traidores? La protección de los informantes internos (*whistleblowers*) como estrategia político-criminal. *In Dret – Revista para el Análisis del Derecho*, Barcelona, n. 3, jul 2006. p. 7.

69. BACHMAIER WINTER, Lorena; MARTÍNEZ SANTOS, Antonio. El régimen jurídico-procesal del *whistleblower*: la influencia del derecho europeo. In: GÓMEZ COLOMER, Jun-Luis (Dir.); MADRID BOQUÍN, Christa *M. Tratado sobre compliance penal*: responsabilidad penal de las personas jurídicas y modelos de organización y gestión. Valencia: Tirant lo Blanch, 2019. p. 505.

70. GARCIA MORENO, Beatriz. *Whistleblowing* e canais institucionais de denúncia. In: NIETO MARTÍN, Adán; SAAD-DINIZ, Eduardo; GOMES, Rafael Mendes (Coord.). *Manual de cumprimento normativo e responsabilidade penal das pessoas jurídicas*. 2. ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019. p. 277.

71. "Art. II (Propósitos) – Os propósitos desta Convenção são: 1. promover e fortalecer o desenvolvimento, por cada um dos Estados Partes, dos mecanismos necessários para prevenir, detectar, punir e erradicar a corrupção; e 2. promover, facilitar e regular a cooperação entre os Estados Partes a fim de assegurar a eficácia das medidas e ações adotadas para prevenir, detectar, punir e erradicar a corrupção no exercício das funções públicas, bem como os atos de corrupção especificamente vinculados a seu exercício. Art. III (Medidas Preventivas). Para os fins estabelecidos no artigo II desta Convenção, os Estados Partes convêm em considerar a aplicabilidade de medidas, em seus próprios sistemas institucionais destinadas a criar, manter e fortalecer: [...] 8. Sistemas para proteger funcionários públicos e cidadãos particulares que denunciarem de boa-fé atos de corrupção, inclusive a proteção de sua identidade, sem prejuízo da Constituição do Estado e dos princípios fundamentais de seu ordenamento jurídico interno."

comenda a incorporação de medidas para a proteção dos denunciantes de boa-fé (arts. 8, n. 4[72] e 33,[73] do Decreto 5.687/2006). A OCDE,[74] G20,[75] a Transparência Internacional (*International Principles for Whistleblower Legislation*)[76] e a *Blueprint for Free Speech* (*Whistleblower Protection Laws)*[77] incentivam estudos e a elaboração de diretrizes para a proteção dos *whistleblowers* nos setores público e privado.

As medidas que preveem a proteção da identidade do denunciante contra retaliações constituem-se estratégias,[78] a lado da previsão de recompensas e do reforço dos deveres de denúncia, direcionadas ao estímulo para a realização das denúncias.[79]

A lei brasileira não adota expressamente a hipótese de preservação de identidade – desconhecimento da identidade (anonimato) ou de proteção estatal da identidade contra a revelação (confidencialidade),[80] o que indica a necessidade de legislação específica. A diferença entre o anonimato e a confidencialidade é material sobre o valor probatório da informação.[81] O tratamento de dados do informante só se faz possível quando se trata de

72. "Art. 8 – Códigos de conduta para funcionários públicos (…) 4. Cada Estado Parte também considerará, em conformidade com os princípios fundamentais de sua legislação interna, a possibilidade de estabelecer medidas e sistemas para facilitar que os funcionários públicos denunciem todo ato de corrupção às autoridades competentes quando tenham conhecimento deles no exercício de suas funções".

73. "Art. 33 Proteção aos denunciantes – Cada Estado Parte considerará a possibilidade de incorporar em seu ordenamento jurídico interno medidas apropriadas para proporcionar proteção contra todo trato injusto às pessoas que denunciem ante as autoridades competentes, de boa-fé e com motivos razoáveis, quaisquer feitos relacionados com os delitos qualificados de acordo com a presente Convenção."

74. OCDE. *Committing to Effective Whistleblower Protection*. Publicado em março 2016.

75. G20. Anti-Corruption Action Plan. *Protection of Whistleblowers*. Publicado em novembro de 2010. p. 8.

76. TRANSPARENCY INTERNATIONAL. *International principles for whistleblowing legislation:* best pracices for laws to protect whistleblower and support whistleblowing in the public interest. Transparência Internacional, 05 nov 2013.

77. BLUE PRINT FOR FREE SPEECH. *Blue Print Principles of Whistleblower Protection*.

78. RAGUÉS I VALLÈS, Ramón. *¿Héroes o traidores?* La protección de los informantes internos (*whistleblowers*) como estrategia político-criminal. *In Dret – Revista para el Análisis del Derecho*, Barcelona, n. 03, 2006. p. 8-10.

79. Há legislações, como o Código Penal Espanhol, no art. 450, que preveem o crime de omissão do dever de impedir delitos ou promover sua persecução. RAGUÉS I VALLÈS, Ramón. ¿Héroes o traidores? La protección de los informantes internos (*whistleblowers*) como estrategia político-criminal. *In Dret – Revista para el Análisis del Derecho*, Barcelona, n. 03, 2006. p. 8-10.

80. ROCHA, Marcio Antônio. *Subsídios ao debate para a implantação de programas de* whistleblower *no Brasil*. Brasília: AJUFE, 2016. p. 32-33.

81. ORTIZ PRADILLO, Juan Carlos. *Los delatores en el proceso penal:* recompensas, anonimato, protección y otras medidas para incentivar una colaboración eficaz con la Justicia. Madrid: Wolters Kluwer España, 2018. p. 97.

denúncias confidenciais, baseadas "no pleno conhecimento, pelo Estado, da identidade do *whistleblower*".[82]

A "confidencialidade amolda-se melhor ao modelo de *compliance* fundado em valores como transparência e o diálogo e orientado em princípios éticos",[83] pois a regra da confidencialidade facilita o gerenciamento dos reportes e a verificação da cadeia de custódia da informação. As denúncias confidenciais possuem maior credibilidade do que as anônimas, porque há um declarante responsável penal, administrativa e civilmente por eventual denúncia falsa nas confidenciais.[84] Como ponto negativo da denúncia confidencial, há maior exposição do denunciante a retaliações.[85]

Há dúvidas sobre a constitucionalidade da falta de limite preestabelecido para a preservação da identidade do denunciante, sendo revelada apenas em caso de "relevante interesse público".[86] O anonimato e a confidencialidade sem limites temporais podem impedir o exercício do direito de defesa do denunciado.

O Decreto 10.153/2019 resguarda a confidencialidade, prevendo que o denunciante terá suas características de identificação preservadas: sigilo do nome, endereço e elementos capazes de identificá-lo. A confidencialidade começa no recebimento da denúncia, mantendo-se pela ouvidoria responsável por 100 anos, com o controle de acesso dos agentes públicos e possibilidade de utilização de pseudônimo para o denunciante.[87] Ainda existe a possibilidade legal do órgão de apuração requisitar informações sobre a identidade do denunciante quando indispensáveis à análise dos fatos da denúncia.[88]

O ordenamento jurídico brasileiro não permite que a manutenção do anonimato ou o momento de identificação do *whistleblower* seja de livre escolha do denunciante ou da autoridade processante. Igualmente a informação reportada não é suficiente isoladamente para a condenação criminal.[89] A revelação da identidade é imprescindível, sob pena de a denúncia não poder ser considerada meio de obtenção de prova válido.

---

82. ROCHA, Marcio Antônio. *Subsídios ao debate para a implantação de programas de* whistleblower *no Brasil*. Brasília: AJUFE, 2016. p. 32-33.

83. NIETO MARTÍN, Adán. Investigaciones internas, *whistleblowing* y cooperación: la lucha por la información en el proceso penal. *Diario La Ley*, n. 8120, 05 jul. 2013. p. 4.

84. NIETO MARTÍN, Adán. Investigaciones internas, *whistleblowing* y cooperación: la lucha por la información en el proceso penal. *Diario La Ley*, n. 8120, 05 jul. 2013. p. 4.

85. SOUZA, Artur de Brito Gueiros. O informante no sistema de *compliance*. In: WALMSLEY, Andréa; CIRENO, Lígia; BARBOZA, Márcia Noll. *Inovações da Lei n. 13.964, de 24 de dezembro de 2019*. Brasília: MPF, 2020. p. 46.

86. Artigo 4º-B, *caput*, da Lei 13.608/2018 na redação dada pela Lei 13.964/2019.

87. Art. 6º do Decreto 10.513/2019.

88. Art. 7º do Decreto 10.513/2019.

89. Nesse sentido, "o projeto parece querer criar um novo (e inconstitucional) meio de prova, dando status probatório ao que vulgarmente convencionou-se chamar de 'denúncia anônima'; a única restrição trazida pelo projeto vai no sentido de impedir que alguém seja condenado exclusivamente

A Constituição Federal veda o anonimato (art. 5º, IV), com base no espírito republicano e na correção, prevenção ou reparação judicial de "eventuais excessos que viessem a ofender o direito fundamental à honra, reputação e imagem dos envolvidos", conforme a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF).[90] O STF já se manifestou em mais de uma oportunidade no sentido de permitir a não identificação do denunciante em sede de investigações preliminares,[91] portanto vencida essa etapa, a identificação deve ser tornada pública, mesmo diante da confirmação da veracidade das declarações prestadas de boa-fé.

Assim, a "extensão" do anonimato do *whistleblower* além do tempo das diligências investigatórias,[92] *v.g.* destinadas à perquirição da plausibilidade e da razoabilidade de seu conteúdo, tornará imprestáveis as informações do relato para fins processuais.

Por fim, a Lei Geral de Proteção de Dados (Lei 13.709/2018) também não garante a preservação da identidade do informante diante da necessidade de exercício da ampla defesa e do contraditório na investigação e no processamento de infração penal (art. 4º, III, *d*), sendo dispensado o consentimento do titular do direito quando estiver em questão o exercício regular de direitos em processo judicial, administrativo ou arbitral (art. 7º, VI).[93]

As garantias constitucionais do processo penal brasileiro exigem a compatibilização da proteção do informante com os princípios de exclusão da validade probatória de elementos de investigação que não garantam a publicidade, o contraditório e a ampla defesa.[94] A manutenção do sigilo quanto à identidade do informante acarreta a inevitável ilicitude do relato e impossibilita sua utilização probatória posterior.[95] É por isso que o

---

com base em uma 'denúncia anônima', permitindo ao juiz, contudo, que valore a informação apócrifa como prova, ainda que não exclusive" (*Nota Técnica do IBCCRIM*, p. 41).

90. STF, MS 24.369, rel. Min. Celso de Mello, j. 10.10.2002.

91. STF, HC 98.458, rel. Min. Ayres Britto, Rel. p/ acórdão Min. Celso de Mello, 2ª T., j. 31.05.2011, *DJe* 29.10.2014 e STF, Inq. 1.957, rel. Min. Carlos Velloso, j. 11.05.2005, especialmente o voto do Min. Celso de Melo no julgamento desse inquérito.

92. Decreto 10.153/2019: "Art. 8º O encaminhamento de denúncia com elementos de identificação do denunciante entre unidades do Sistema de Ouvidoria do Poder Executivo federal será precedido de solicitação de consentimento do denunciante, que se manifestará no prazo de vinte dias, contado da data da solicitação do consentimento realizada pela unidade de ouvidoria encaminhadora. Parágrafo único. Na hipótese de negativa ou de decurso do prazo previsto no *caput*, a unidade de ouvidoria que tenha recebido originalmente a denúncia somente poderá encaminhá-la ou compartilhá-la após a sua pseudonimização."

93. Assim, bem observado em ÁVILA, Ana Paula Oliveira, *Proteção dos* whistleblowers *e sistema de compliance*, 2020 (artigo no prelo – manuscrito cedido pelo autor). p. 17-18.

94. LOPES JÚNIOR, Aury Celso Lima; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Investigacão preliminar no processo penal*. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 207.

95. IBCCRIM. Ob. cit., p. 41.

STF decidiu que a tomada de depoimento sigiloso do informante deve facultar à acusação e à defesa a qualificação da testemunha.[96]

As investigações que tenham produção de prova fruto da colaboração com a justiça devem observar direitos de imagem dos suspeitos, caso contrário os elementos de prova não poderão ser valorados como prova dado a coleta ilícita.[97]

O informante não é uma testemunha clássica no sentido de que voluntariamente busca as autoridades e tem interesse na responsabilização dos acusados, mesmo assim a valoração do depoimento deve seguir as regras atinentes à prova testemunhal.[98]

A nova legislação prevê medidas de proteção material e financeiras às testemunhas e aos familiares ao denunciante (art. 7º da Lei 9.807/99). Sabe-se que as "repercussões do ato de informar podem até mesmo acarretar a suspensão temporária de suas atividades, o que deve ocorrer, por certo, sem prejuízo de seu salário".[99] Todavia, a limitação temporal de, no máximo, dois anos (art. 11 da Lei 9.807/99 e orçamentária do Estado devido ao teto de gastos da EC 95/2016) diminuem a eficácia da proteção.

A previsão de indenização em dobro por danos materiais causados em retaliação, sem prejuízo de danos morais, insere-se no sistema de proteção integral ao informante (art. 4º-C, § 2º). Caso não exista maior detalhamento procedimental, será necessário o uso de ação ordinária indenizatória cível para buscar o ressarcimento.

6. Incentivo econômico (programa de recompensas)

A finalidade do sistema de incentivos econômicos aos *whistleblowers* é a promoção das denúncias em contextos difíceis, pois se acredita no potencial reparador perante os prejuízos econômicos e encorajador diante do perigo de represálias. Os perigos ao denunciante vão desde ameaças a si e à família, perda de emprego, prejuízos e limitação à carreira (*v.g.* impedimento de recolocação no mercado) e até mesmo a morte.

A lei brasileira orientou-se pela legislação de outros países, mais especificamente os Estados Unidos da América, onde existe a possibilidade de pagamento de percentuais de até 30% aos informantes, incidentes sobre o montante recuperado pelo Estado desde

96. STF, HC 112.811, rel. Min. Cármen Lúcia, j. 25.06.2013.

97. NIETO MARTÍN, Adán. Introducción. In: ARROYO ZAPATERO, L. y NIETO MARTÍN, A. (Dir.). *El derecho penal económico en la era* compliance. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013. p. 26.

98. Na seara penal, vide o art. 157 (vedação à prova ilícita) e os arts. 202 a 225 do CPP (da prova testemunhal). No âmbito administrativo, vide arts. 155 a 157 da Lei 8.112/90 (Estatuto dos Servidores Públicos Civis da União) e arts. 29 a 48 da Lei 9.784/99 (Lei Geral do Processo Administrativo).

99. DADICO, Claudia Maria. *Análise do PL 882/2019. Nota Técnica.*

1863 (*False Claims Act*).[100] Essa lei permite a qualquer cidadão propor ação judicial em nome do governo (*qui tam*) para apurar fraudes em contratações realizadas em desfavor do erário. O seu modelo de recompensa (*bounty model*) serviu de base para a elaboração de programas semelhantes, *v.g.*, programa de recompensa por denúncia de evasão fiscal de 2006 do Departamento do Tesouro dos Estados Unidos da América.[101] Esse tipo de processo é caracterizado pela circunstância de que persiste "a promessa de recompensa de uma percentagem do que o governo recupera, mesmo se for por acordo, pois a importância está na denúncia ser bem-sucedida".[102] O patamar de até 30% do valor recuperado nas multas que superem um milhão de dólares foi estabelecido posteriormente com a *Dodd-Franck Wall Street Reform and Consumer Protection Act*,[103] em 2010.

O percentual de recompensa previsto no Brasil não acompanhou a inspiração dos EUA, sendo significativamente mais baixo ao atingir no máximo de 5%. Veja-se que parece haver dúvida estatal sobre a importância do incentivo econômico em um contexto no qual o valor da informação é capaz de oportunizar benefícios econômicos também ao erário.[104] Além disso, a lei limita o percentual ao produto de crime contra a Administração Pública, deixando de prever percentual sobre o montante recuperado por ação de improbidade administrativa e demais ações indenizatórias ou sancionatórias.

Parece não haver fundamento para a restrição da recompensa somente aos crimes contra a administração pública, quando é permitida a denunciação de ilícitos penais (*v.g.*, tributários, ambientais) e administrativos e condutas lesivas ao interesse público. O valor decorrente de ilicitude administrativa e o prejuízo estatal poderá ser maior no ilícito administrativo que em um ato pequeno de corrupção. A lei também deixou de estabelecer critérios indicativos da graduação da recompensa, preservando a proporção com o valor recuperado. Essa situação ocorre na aplicação da pena de multa judicial ou da

100. FELDMAN, Yuval; LOBEL, Orly. The incentives matrix: the comparative effectiveness of rewards, liabilities, duties and protections for reporting illegality. *Texas Law Review*, v. 88, n. 06, maio 2010. p. 1168.

101. GARCÍA-MORENO, Beatriz. *Del alertador al* whistleblower: la regulación europea de los canales de denuncia. Tese (Doutorado) – Universidad de Castilla la Mancha (UCLM), Ciudad Real, 2019. p. 266.

102. DOYLE, Charles. *Qui tam: the false claims act and related federal statutes*. Congressional Research Service, Washington DC, ago. 2009, p. 5. 142, apud MACEDO, Cassio Rocha. Whistleblowing *e direito penal:* análise de uma política criminal de combate aos crimes econômicos fundada em agentes *denunciantes*. Dissertação (Mestrado em Ciências Criminais) – Escola de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2018. Disponível em: [http://tede2.pucrs.br/tede2/bitstream/tede/8037/5/DIS_CASSIO_ROCHA_DE_MACEDO_COMPLETO.pdf]. Acesso em: 20.12.2019.

103. ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *Dodd-Franck Wall Street Reform and Consumer Protection Act*. Commodity whistleblower incentives and protection. Section 992 e Section 748.

104. RAGUÉS I VALLÈS, Ramón. ¿Héroes o traidores? La protección de los informantes internos (whistleblowers) como estrategia político-criminal. *In Dret – Revista para el Análisis del Derecho*, Barcelona, n. 03, 2006. p. 9.

multa negociada no acordo de leniência ou de colaboração premiada. Assim se evita que seja irrisória ou excessiva em relação à importância do relato.[105]

Os incentivos também podem trazer efeitos perniciosos tais como o risco de "o potencial denunciante renuncie a informar rapidamente e deixe transcorrer mais tempo, a fim de que seja aumentada a base de cálculo de sua recompensa".[106] Faz-se necessária a observância da proporcionalidade no estabelecimento de normas de incentivo mediante recompensa. A lei não estabeleceu o momento de recebimento da recompensa em relação ao trânsito em julgado e o juízo competente – criminal ou civil – para a fixação da recompensa. A falta de parâmetros mínimos sobre a fixação da recompensa e de regras mais específicas sobre o processamento das denúncias a serem realizadas compromete a efetividade pretendida.

7. Conclusões

A introdução do *whistleblower* na legislação brasileira positiva alguns conceitos vagos, sem a manifestação de exposição de motivos e de debate público prévio, o que exige mais da ciência jurídica na delimitação do âmbito legítimo de aplicação da lei. Trata-se de um meio típico de obtenção de prova no processo penal, sem a indicação de critérios para definição do objeto e do rito claro acerca do procedimento de processamento da denúncia e da sua recompensa.

A razoabilidade contextual é o melhor critério para a admissão de relatos, verificando a existência de elementos mínimos de verossimilhança da informação denunciada. O critério da boa-fé do relato não foi utilizado para a sua admissibilidade pelo perigo de excessivo subjetivismo e, sobretudo, porque a verificação efetiva da boa-fé não é possível de ser constatada no momento da declaração.

O objeto da denúncia é demasiadamente amplo, podendo ser crime, ilícito administrativo e irregularidades desde que importantes para a proteção do interesse público.

A denúncia confidencial deve ser priorizada em relação à denúncia anônima. A proteção da identidade do denunciante constitucionalmente válida é limitada somente ao período inicial necessário para a apuração preliminar do fato ilícito relatado, devendo ser a limitação temporal da identidade informada ao *whistleblower*.

Há poucas diretrizes legais sobre a determinação da recompensa, limitando-se a indicação em termos materiais dos crimes contra a Administração e o percentual de 5%. As

105. Artur Gueiros indica diferenciação da recompensa de acordo com a qualidade da informação e a espécie de crime (SOUZA, Artur de Brito Gueiros, O informante no sistema de *compliance*. In: WALMSLEY, Andréa; CIRENO, Lígia; BARBOZA, Márcia Noll. *Inovações da Lei n. 13.964, de 24 de dezembro de 2019*. Brasília: MPF, 2020. p. 48).

106. RAGUÉS I VALLÈS, Ramón. Whistleblowing: una aproximación desde el derecho penal. Madrid/Barcelona: Marcial Pons, 2013. p. 58.

lacunas sobre o momento processual e o juízo competente para a fixação da recompensa podem enfraquecer o incentivo e reduzir significativamente o potencial do instituto.

8. Bibliografia

ANDRADE E SILVA, Danielle. Interesse público: necessidade e possibilidade de sua definição no Direito Administrativo. *Direito constitucional, administrativo, tributário e filosofia do direito*. Brasília: ESAF, 2000 (Coleção Bureau Jurídico, v. II).

AVILÁ, Humberto. Repensando o "princípio da supremacia do interesse público sobre o particular". *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo, n. 24, p. 159-180, 1998.

ÁVILA, Ana Paula Oliveira. *Proteção dos* whistleblowers *e sistema de* compliance. 2020 (artigo no prelo – manuscrito cedido pelo autor).

BACHMAIER WINTER, Lorena. *Whistleblowing* europeo y *compliance*: la Directiva EU de 2019 relativa a la protección de personas que reporten infracciones del Derecho de la Unión. *Diario La Ley*, n. 9539, p. 1-8, 18 dez. 2019.

BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo penal*. 4. ed. São Paulo: Ed. RT, 2016.

BLUMENBERG, Dirk; GARCÍA-MORENO, Beatriz. Retos prácticos de la implementación de programas de cumplimiento normative. In: HORTAL IBARRA, Juan Carlos; VALENTE IVAÑEZ, Vicente (Coord.). *Responsabilidad de la empresa y compliance*: programas de prevención, detección y reacción penal. Buenos Aires: B de F/Madrid: EDISOFER, 2014.

BRANDÃO, Nuno. O *whistleblowing* no ordenamento jurídico português. *Revista do Ministério Público*, n. 161, p. 99-113, jan.-mar. 2020.

BRASIL. Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCRIM). Nota técnica sobre o Pacote Anticrime, 2019. Disponível em: [www.ibccrim.org.br/docs/2019/Nota_Tecnica_Pacote_Anticrime.pdf]. Acesso em: 28.02.2020.

BRETTEL, Hauke; SCHNEIDER, Hendrik. *Wirtschaftsstrafrecht*. 2. ed. Sinzheim: Nomos, 2018.

CRETELLA JÚNIOR, José. Do ilícito administrativo. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, n. 244, p. 135-159, 1973.

DADICO, Claudia Maria. *Análise do PL n. 882/2019*. Nota Técnica. Disponível em: [www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/grupos-de-trabalho/56a-legislatura/legislacao-penal-e-processual-penal/documentos/audiencias-publicas/NotaTecnica.pdf]. Acesso em: 26.07.2019.

DEZEM, Guilherme Madeira. Alterações na Lei do Disque-Denúncia (art. 15). In: DEZEM, Guilherme Madeira; SOUZA, Luciano Anderson de. *Comentários ao Pacote Anticrime (Lei 13.964/2019)*. São Paulo: Ed. RT, 2020.

DWORKIN, Terry Morehead; ARBOR, Ann. SOX and Whistleblowing. *Michigan Law Review*, n. 8, p. 1757-1780, jun. 2007.

FELDMAN, Yuval; LOBEL, Orly. The incentives matrix: the comparative effectiveness of rewards, liabilities, duties and protections for reporting illegality. *Texas Law Review*, v. 88, n. 06, p. 1151-2011, maio 2010.

GARCIA MORENO, Beatriz. *Whistleblowing* e canais institucionais de denúncia In: NIETO MARTÍN, Adán; SAAD-DINIZ, Eduardo; GOMES, Rafael Mendes (Coord.). *Manual de cumprimento normativo e responsabilidade penal das pessoas jurídicas*. 2. ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019.

GARCÍA-MORENO, Beatriz. *Del alertador al* whistleblower: la regulación europea de los canales de denuncia. Tese (Doutorado) – Universidad de Castilla la Mancha (UCLM), Ciudad Real, 2019.

GOMES MARTÍN, Victor. Compliance y derechos de los trabajadores. In: HORTAL IBARRA, Juan Carlos; VALIENTE INVAÑEZ, Vicente (Coord.). *Responsabilidad de la empresa y compliance:* programas de prevención, detección y reacción penal. Buenos Aires: B de F/Madrid: EDISOFER, 2014.

GREVI, Vittorio; ILLUMINATI, Giulio. Prove. In: CONSO, Giovanni; GREVI, Giovanni; BARGIS, Marta; CERESA-GASTALDO, Massimo; DELLA CASA, Franco; GIARDA, Angelo; GIULIANI, Livia; ILLUMINATI, Giulio; MARCHETTI, Maria Riccarda; MARZADURI, Enrico; ORLANDI, Renzo; VOENA, Giovanni Paolo. *Compendio di procedura penale*. 9. ed. Vicenza: Cedam, 2018.

LEON BERINI, Arturo Gonzáles de. El criminal compliance en la reforma norteamericana de la Dodd-Frank Act. In: SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María; MONTANER FERNÁNDEZ, Raquel. *Criminalidad de empresa y* compliance*:* prevención y reacciones corporativas. Barcelona: Atelier, 2013.

LOBATO, Danilo Tavares. Breves Reflexões sobre o *criminal compliance*. *Revista de Estudos Criminais*, n. 73, p. 53-76, abr.-jun. 2019.

LOPES JÚNIOR, Aury Celso Lima; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Investigação preliminar no processo penal*. São Paulo: Saraiva, 2014.

MACEDO, Cassio Rocha. Whistleblowing *e direito penal:* análise de uma política criminal de combate aos crimes econômicos fundada em agentes denunciantes. Dissertação (Mestrado em Ciências Criminais) – Escola de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2018. Disponível em: [http://tede2.pucrs.br/tede2/bitstream/tede/8037/5/DIS_CASSIO_ROCHA_DE_MACEDO_COMPLETO.pdf]. Acesso em: 20.12.2019.

MONTIEL, Juan Pablo. Sentido y alcance de las investigaciones internas en la empresa. In: HORTAL IBARRA, Juan Carlos; VALENTE IVAÑEZ, Vicente (Coord.). *Responsabilidad de la empresa y* compliance: programas de prevención, detección y reacción penal. Buenos Aires: B de F/Madrid: EDISOFER, 2014.

NIETO MARTÍN, Adán. Investigaciones internas, *whistleblowing* y cooperación: la lucha por la información en el proceso penal. *Diario La Ley*, n. 8120, p. 1-12, 05 jul. 2013.

NIETO MARTÍN, Adán. Introducción. In: ARROYO ZAPATERO, L.; NIETO MARTÍN, A. (Dir.). *El derecho penal económico en la era* compliance. Valencia: Tirant lo Blanch, 2013.

NIETO MARTÍN, Adán. Prefácio. Introducción. In: SAAD-DINIZ, Eduardo. *Ética negocial e* compliance: entre a educação executiva e a interpretação judicial. São Paulo: Ed. RT, 2019.

NIETO MARTÍN, Adán. Problemas fundamentales del cumplimiento normativo en el derecho penal. In: KUHLEN, Lothar; PABLO MONTIEL, Juan; ORTIZ DE URBINA GIMENO, Iñigo (Ed.). *Compliance y teoría del derecho penal*. Madrid: Marcial Pons, 2013.

ORTIZ PRADILLO, Juan Carlos. *Los delatores en el proceso penal*: recompensas, anonimato, protección y otras medidas para incentivar una colaboración eficaz con la justicia. Madri: Wolters Kluwer España, 2018.

PACELLI, Eugênio. *Curso de processo penal*. 19. ed., São Paulo: Atlas, 2015.

RAGUÉS I VALLÈS, Ramón. *¿Héroes o traidores?* La protección de los informantes internos (whistleblowers) como estrategia político-criminal. *In Dret – Revista para el Análisis del Derecho*, Barcelona, n. 03, p. 1-19, jul. 2006.

RAGUÉS I VALLÈS, Ramón. *Whistleblowing*: una aproximación desde el derecho penal. Madrid/Barcelona: Marcial Pons, 2013.

RAGUES I VALLÈS, Ramon. El fomento de las denuncias como instrumento de política criminal contra la criminalidad corporativa: *whistleblowing* interno e externo. In: HORTAL IBARRA, Juan Carlos; VALENTE IVAÑEZ, Vicente (Coord.). *Responsabilidad de la empresa y* compliance: programas de prevención, detección y reacción penal. Buenos Aires: B de F/Madrid: EDISOFER, 2014.

ROCHA, Marcio Antônio. *Subsídios ao debate para a implantação de programas de* whistleblower *no Brasil*. Brasília: AJUFE, 2016.

RUIVO, Marcelo. *Criminalidade financeira*: contribuição à compreensão da gestão fraudulenta. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2011.

RUIVO, Marcelo. O bem jurídico do crime de corrupção passiva no setor público. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Coimbra, v. 25, p. 263-283, 2015.

RUIVO, Marcelo Almeida. O fenômeno da corrupção como desafio às ciências criminais. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 134, ano 25, p. 17-27, 2017.

SAAD-DINIZ, Eduardo. *Ética negocial e* compliance: entre a educação executiva e a interpretação judicial. São Paulo: Ed. RT, 2019.

SILVEIRA, Renato de Melo Jorge; SAAD-DINIZ, Eduardo. Compliance*, direito penal e Lei Anticorrupção*. São Paulo: Saraiva, 2015.

SOUSA, Susana Aires de. Ações encobertas (e outras figuras próximas) na investigação da criminalidade econômico-financeira. *Revista Julgar*, Coimbra, n. 38, p. 31-44, maio-ago. 2019.

SOUZA, Artur de Brito Gueiros. O informante no sistema de *compliance*. In: WALMSLEY, Andréa; CIRENO, Lígia; BARBOZA, Márcia Noll. Inovações da Lei n. 13.964, de 24 de dezembro de 2019. Brasília: MPF, 2020.

TIEDEMANN, Klaus, *Wirtschaftsstrafrecht:* Einführung und Allgemeiner Teil mit wichtigen Rechtstexten. 4. ed. München: Vahlen, 2014.

Pesquisas do Editorial

Veja também Doutrinas relacionadas ao tema

- A regulamentação do *whistleblowing* e o risco de inefetividade da Lei 13.608/2018, de Arthur Emanuel Leal Abreu e Lara Santos Zangerolame Taroco – *RDAI* 12/231-249 (DTR\2020\19);
- *Whistleblowers* no enfrentamento à corrupção, de Eduardo Cambi e Gustavo Carvalho Kichileski – *RT* 1013/177-198 (DTR\2020\1816); e
- *Whistleblowing* como instrumento de combate à corrupção: delineamento do instituto e a pertinência de uma legislação fomentadora de denunciações internas na Administração Pública brasileira, de Leonardo Dantas Costa – *RBCCrim* 150/189-233 (DTR\2018\22444).

Que juiz controlado é esse? Sísifo e a (in)utilidade dos crimes de perigo abstrato

What controlled judge is that? Sisyphus and the (in)utility of abstract danger crimes

Paulo Roberto Fonseca Barbosa

Doutorando em Ciências Criminais pela Universidade de Lisboa. Mestre em Constitucionalização do Direito pela Universidade Federal de Sergipe. Especialista em Ciências Criminais pela Faculdade Social da Bahia. Professor da Escola Judiciária de Sergipe com cadastro na Escola Nacional de Formação de Magistrados. Juiz de Direito em Sergipe.
ORCID: [https://orcid.org/0000-0002-9808-709X].
Lattes: [lattes.cnpq.br/0904525886926574].
prfbarbosa@yahoo.com.br

Recebido em: 06.06.2020
Aprovado em: 22.09.2020
Última versão do autor: 30.09.2020

Áreas do Direito: Penal; Constitucional

Resumo: O presente artigo busca resolver o seguinte problema: é legítima a atividade judicial de conversão interpretativa dos crimes de perigo abstrato em crimes de perigo concreto com a finalidade de racionalizar a antecipação da tutela penal nas sociedades de controle? Em resposta ao problema, utilizamos a análise de jurisprudência e teoria jurídica, incluindo um estudo comparativo sobre o direito penal estrangeiro. O estudo parte da análise social e econômica do direito para demonstrar que as sociedades de controle tendem a modular a formação de tipos penais padronizados, rígidos, dotados de grande inflexibilidade e alheios ao princípio da proteção dos bens jurídicos como garantia fundamental. O resultado disso é proliferação dos crimes de perigo abstrato, os quais são alvo de intenso e permanente debate

Abstract: This article seeks to solve the following problem: Is the judicial activity of interpreting the crimes of abstract danger into crimes of concrete danger legitimate in order to rationalize the anticipation of criminal protection in control societies? In response to the problem, we use the analysis of case law and legal theory, including a comparative study about foreign criminal law. The social and economic study of law demonstrates that the society of control tends to modulate performance of penalties in a standardized way. The result is a proliferation of crimes of abstract danger, which are the subject of intense and ongoing doctrinal debate for their dubious constitutionality. However, the research identifies that part of the doctrine and jurisprudence has not admitted the crimes of pure abstract danger, in face of misconduct to harm the

doutrinário por sua duvidosa constitucionalidade. Contudo, a pesquisa identifica que parte da doutrina e da jurisprudência não tem admitido os crimes de perigo abstrato puro, ante condutas inaptas para lesionar o bem jurídico protegido, motivo que vem impulsionando juízes a adotarem a perspectiva materializadora dos crimes de perigo, considerando as peculiaridades do caso em concreto para proferir a decisão mais justa. Por fim, à luz dessa tendência doutrinária e jurisprudencial, propõe-se a unificação dos crimes de perigo.

Palavras-chave: Justiça penal – Sociedades de controle – Crimes de perigo abstrato – Direito comparado.

protected legal good, reason that has been pushing judges to adopt the materializing perspective of danger crimes, considering the peculiarities of the particular case to make the fairest decision. Finally, in light of this doctrinal and jurisprudential tendency, it is proposed to unify dangerous crimes.

Keywords: Criminal justice – Society of control – Abstract danger crimes – Comparative law.

Sumário: 1. Introdução. 2. Quando o social e o econômico direcionam o jurídico. 3. A expansão penal (*overcriminalization*) e o perigo abstrato. 3.1. Administrativização do Direito Penal (gestão de riscos e delitos cumulativos). 3.2. Delitos de posse. 3.3. Atos preparatórios. 4. Bem jurídico e risco no contexto da expansão penal. 5. O juiz, o antiformalismo e a materialização do perigo abstrato: uma possibilidade? 6. Conclusão. Referências.

1. Introdução

A evolução da humanidade tem proporcionado maravilhas em vários de seus segmentos. Por meio do desenvolvimento tecnológico temos produzido mais alimentos, a longevidade tem aumentado sensivelmente, encontramos a cura de doenças outrora incuráveis, nossos deslocamentos tornam-se cada vez mais rápidos e prazerosos, o espaço para lazer, trabalho e habitação vem sendo otimizado, a moda, a política, o turismo, a educação, a cultura, enfim, vários setores sociais vêm sendo agraciados por descobertas que se multiplicam ao passar dos tempos. Contudo, para alcançar resultados satisfatórios e aceitáveis dentro da ótica econômica vigente, o homem tem criado riscos nem sempre tolerados. E como não poderia ser diferente, a estabilização das ilimitadas necessidades sociais sob a plataforma econômica dominante tem demandado constante controle jurídico, notadamente no que toca aos riscos. Nosso problema surge a partir da natureza e dos limites (*rectius*, legitimidade) das técnicas de controle legislativo para obtenção de formas padronizadas de comportamento social e do papel do juiz diante das denominadas "sociedades de controle".

Nesse passo, veremos que a velocidade das inovações tem agravado o descompasso entre lei e realidade social, ensejando o surgimento de atividades perigosas sem regulação

jurídica efetiva. Analisaremos a inclinação legislativa na utilização demasiada da técnica da criminalização de condutas envolvendo perigo abstrato, fruto de uma tentativa questionável pela ótica constitucional de gerar segurança social. Isso, porque o legislador vem antecipando a tutela penal prescindindo de resultados lesivos ou mesmo de perigos concretos para o bem jurídico protegido. A simples violação do *standard* de segurança já tem configurado crimes. Demonstraremos que a nova responsabilidade penal vem paulatinamente substituindo o paradigma do bem jurídico pela criminalização da desobediência de um dever social. Por fim, questionaremos a utilidade prática em distinguir doutrinariamente os crimes de perigo e indicaremos qual seria a posição mais adequada a ser abraçada pelos juízes e operadores jurídicos diante de tal quadro de controle consubstanciado na antecipação da tutela penal gerado pelo legislador.

Para tanto, após o enquadramento social, econômico e temporal do problema, o trabalho terá como ponto de arranque as seguintes hipóteses: i) há situações nas quais, apesar de abstratamente perigosa, a conduta em concreto não possui aptidão para produzir qualquer perigo; ii) não há base constitucional para presunção absoluta do perigo em Direito Penal; iii) a jurisdição serve como instrumento de aperfeiçoamento legislativo; iv) ao rejeitar o bem jurídico como referencial, a antecipação da tutela penal torna-se ilegítima e ilimitada; v) os crimes de perigo abstrato subvertem pilares do Direito Penal (dano ou risco concreto), processual penal (ônus da prova) e constitucional (presunção de inocência); vi) os crimes de perigo abstrato devem servir de parâmetro na verificação do risco concreto ao bem jurídico protegido, sem necessidade, em regra, de declaração de inconstitucionalidade; vii) a sentença penal condenatória não pode fundamentar-se no perigo abstrato (padrão) por si só, sob pena de materialização de injustiça.

Embora as hipóteses pavimentem o caminho para resolução do problema principal, devemos ainda ultrapassar problemas secundários que obstaculizam a plenitude da resposta. Assim, veremos se o Direito Penal (*rectius*, constitucional penal) possui (ou não) em si estrutura dogmática para cumprir o seu objetivo principal à luz dos avanços sociais, consistente na proteção dos novos bens jurídicos, resguardando as garantias fundamentais. Outrossim, alocaremos esforços em descobrir se a lógica gerencial do direito administrativo serve ao Direito Penal para proteger os novos bens jurídicos oriundos da (pós)modernidade com legitimidade e eficiência. Pretendemos, ainda, aclarar se o bem jurídico se tornou ou não prescindível ao Direito Penal da atualidade. Em outras palavras: vamos ver se existe legitimidade em criminalizar condutas sem bem jurídico a ser protegido. Transcorrido tal itinerário argumentativo, responderemos ao problema principal da pesquisa, qual seja: **é legítima a atividade judicial de conversão interpretativa dos crimes de perigo abstrato em crimes de perigo concreto com a finalidade de racionalizar a antecipação da tutela penal nas sociedades de controle?**

2. Quando o social e o econômico direcionam o jurídico

É certo que ainda não presenciamos um nível de controle social tal qual profetizado por George Orwell em sua obra clássica "1984". Contudo, não estamos muito longe de todos aqueles órgãos que o autor referenciava ao longo do seu profético livro, capazes de aniquilar a privacidade dos cidadãos através do uso da tecnologia como instrumental limitativo da liberdade[1]. Se não convivemos hoje entre "Ministérios da Verdade" e "Polícias do Pensamento", não se pode negar que o espaço público vem sendo transformado em constante local de observação e vigilância[2].

O incremento dos riscos gerados pela busca do progresso tem implicado em desconfortável insegurança, instaurando um estado de contínua vigilância e exagerada utilização de técnicas voltadas à prevenção de danos sociais[3]. E os riscos surgem democraticamente, revestindo-se das mais variadas maneiras e atingindo a sociedade por completo. Trazem em si o chamado "efeito bumerangue", ou seja, tanto quem produz como quem se beneficia do risco também pode sofrer seus efeitos maléficos[4]. Outrora pessoais, regionais e previsíveis, os riscos da atualidade despiram-se de suas vestes dos tempos fabris e profissionais do século XIX e da primeira metade do século XX. Hoje as sociedades de risco (*Risikogesellschaft*) são ilimitados geograficamente e não irradiam seus efeitos em direção de segmentos específicos. Ao revés disso, veiculam *hic et nunc* uma tendência globalizante[5].

Esse panorama de ampliação gradativa dos riscos na descoberta de novos bens de consumo com o intuito de não estancar o crescimento econômico fomentado pela inesgotável arte de consumir traz um lado positivo no que toca à viabilidade de exercício do controle social. É que, ao integrar-se ao mercado de consumo, o cidadão deixa rastros identificáveis pelos modernos instrumentos de controle. Por certo, as transações comerciais são grande fonte de elementos para municiar bancos de dados. Sejam elas atividades financeiras, fichas médicas, registros de comunicação e até mesmo itinerários de viagens, são potenciais indicativos no auxílio do controle e prevenção de danos. É a partir daí que se torna possível rastrear e fazer uma leitura geral das informações, viabilizando

1. A China, por exemplo, vem cada vez mais associando tecnologia e controle social. Após instituir o sistema de pontuação por comportamento social, agora é a vez da identificação dos seus cidadãos pela maneira de andar (A CHINA..., 2018).
2. Zaffaroni (2010, p. 25) constata que a crescente vigilância do espaço público acentua a seletividade do sistema penal, o qual passa a alcançar mais facilmente aqueles que não possuem maiores oportunidades de frequentar espaços privados. O autor sinaliza ainda que a vigilância penal é exercida de forma disciplinar, verticalizante e militarizada, concretizando-se de maneira imperceptível aos olhos da sociedade.
3. SILVA SANCHEZ, 2001, p. 138.
4. BOTTINI, 2013, p. 27-30.
5. BECK, 2011, p. 16.

a construção de padrões e associações entre os dados[6]. Isso por si só já sinaliza para uma substancial mudança nos métodos de controle das ações individuais[7].

A identificação e a criação de padrões torna-se, desse modo, uma constante nas sociedades de controle[8]. O estado não teria capacidade de transmitir segurança num mundo recheado de diversificação e passível de condutas e atividades variadas desnudas de regulamentação legal quanto a potenciais danos. Isso seria fatal para aplacar a sede de proteção reclamada por todas as camadas da população. Todavia, a implementação do controle envolve a superação de grandes obstáculos. Como regular riscos imprevisíveis? De que maneira impedir a criação do risco sem trancar o desenvolvimento econômico que seria gerado pela atividade arriscada? Procurando fórmulas para responder essas e outras tormentosas questões e sem alternativas mais viáveis, o legislador tem encampado o espírito do controle[9]. Ao que parece, como veremos mais à frente, a padronização que permeou avanços econômicos vem sendo transplantada para setores do direito, como técnica de controle social, nem sempre com respaldo constitucional.

No âmbito do Direito Penal, preocupa-nos a falta de técnica legislativa na condução de uma nova e perigosa forma de culpabilidade padronizada, sem levar em conta elementos peculiares de cada conduta, retirando do juiz a possibilidade de aferir a existência ou não do crime em sua inteireza e criando uma espécie pouco confiável de "modelo fordista de jurisdição" [10]. Em boa parte descoladas da racionalidade, as atuais decisões po-

6. O fenômeno de modular as massas possibilitou a percepção e, a partir daí, o desenvolvimento de técnicas de rastreamento e mapeamento das necessidades comportamentais repetitivas latentes. Ortega y Gasset (2018, p. 76-77, tradução nossa) retrata bem esse processo de formação e direcionamento das massas e daquilo que denomina de "homem-massa", que é marcado pela "[...] qualidade comum, é o monstrengo social, é o homem enquanto não se diferencia de outros homens, repetindo em si um tipo genérico". Em seguida, arremata: "Massa é todo aquele que não valoriza a si mesmo – bem ou mal – por razões especiais, sentindo-se 'como todo mundo' e, ainda assim, não tem angústia, sente-se bem ao sentir-se igual aos demais".

7. COSTA, 2004, p. 165.

8. A ideia de "sociedade de controle" aqui perfilhada é aquela formulada por Deleuse (1992, p. 219-226).

9. Nesse ponto, Garland (2008, p. 36-38) admoesta que a necessidade de promover segurança e estabilidade para impulso do consumo tem conduzido o legislador a adotar técnicas econômicas na tomada de decisões envolvendo aspectos criminológicos, o que não seria aceitável.

10. Roxin (2012, p. 85) é preciso ao afirmar que: "A fraqueza dos sistemas abstratos não está somente em sua posição defensiva contra a política criminal, mas, mais geralmente, no desprezo pelas peculiaridades do caso concreto, no fato de que, em muitos casos, a segurança jurídica seja salva à custa da justiça". Além disso, a padronização da resposta penal caminha no contrafluxo do seu tempo. Isso, porque Cartuyvels (2003, p. 53-57, tradução nossa) fala que estamos vivendo "tempos de mediação" como resultado da crise de legitimidade e eficácia que assola os procedimentos tradicionais (mitológicos, nas palavras do autor) em resolver os conflitos sociais. Diante de um mundo complexo e marcado pelo pluralismo de valores, o plano jurídico é desafiado em ir além do formalismo, pois já não se aceita mais a exclusividade codificada de respostas. Para o autor, é evidente o surgimento de um paradigma pautado na justiça negociada latente nos

líticas colhidas no mundo ocidentalizado têm incorporado o risco, localizando-o em posição privilegiada ao ponto de comandar o florescer de uma nova arquitetura da dogmática criminal, subvertendo alguns dogmas que levam por consequência ao empoderamento de determinadas categorias jurídicas antes marcadas pela utilização excepcional[11] e, por outro, lado enfraquecendo instrumentos que se constituem em nítidas garantias obtidas ao longo de sacrifícios revolucionários[12].

É nessa perspectiva que presenciamos substanciais modificações na teoria do delito e na criminologia. Com o deslocamento do risco da periferia para a parte central da organização social, passando a influenciar decisões políticas, o Direito Penal passa a ganhar protagonismo na resolução de problemas antes alheios ao seu toque. A consequência imediata disso para a teoria do delito é que a visualização do nexo de causalidade entre conduta danosa e resultado torna-se cada vez mais difícil, pois há um processo de pulverização dos fatores referenciais de tempo e espaço que é intensificado a cada dia pelas inovações tecnológicas[13]. Por sua vez, estudos criminológicos têm se voltado para o mapeamento e a criação de perfis criminais, viabilizando uma perigosa e demasiada expansão penal. Juntamente com os perfis de consumidor, investidor etc., começam a surgir categorizações de potenciais criminosos por meio do cotejo entre as estatísticas e os diversos modos de vida, condição social e cultural do indivíduo[14].

A antecipação da tutela penal vai, nessa nova ordem, limitando aos poucos a liberdade.

A lei penal segue, portanto, reduzindo o espaço de atuação judicial.

Há um quadro expansivo[15] de asfixia constitucional.

---

campos jurídicos, englobando o direito penal. A justiça restaurativa é um exemplo em que a resposta penal é trabalhada e moldada ao caso concreto, com especial atenção às peculiaridades do conflito, aumentando a legitimidade da decisão.

11. Referimo-nos aqui ao uso excessivo dos crimes de perigo abstrato, que serão logo mais abordados.

12. Trataremos, nesse ponto, dos princípios da presunção de inocência, ônus da prova e ofensividade.

13. Beck (2011, p. 33) exemplifica: "A mulher que, em seu apartamento de três cômodos num subúrbio de Neuperlach, amamenta seu pequeno Martin de três meses de idade encontra-se desse modo numa 'relação imediata' com a indústria química, que fábrica pesticidas, com os agricultores, que se vêem obrigados, em razão das diretrizes agrícolas da Comunidade Europeia, a recorrer à produção massiva especializada e à sobrefertilização, e por aí a fora". Nesse caso, quem seria penalmente responsabilizado por danos ao bebê que ingeriu pesticiadas?

14. Conferir, nessa linha, Hildebrandt (2010, p. 120, tradução nossa): "O perfil forense pró-ativo envolve a construção de perfis de grupos que visem uma categorização refinada dos cidadãos, a fim de detectar potenciais criminosos, terroristas ou imigrantes ilegais. Por exemplo, medidas de vigilância poderiam ser tomadas para monitorar pessoas desempregadas, negros, homens de descendentes de árabes ou pessoas que vivem em bairros específicos, porque as estatísticas indicam que suas chances de se envolver em comportamento criminoso são significativamente mais altas do que outras categorias de cidadãos".

15. Ashworth e Zedner (2010, p. 59, tradução nossa) explicam as implicações da expansão penal: "A expansão penal – criando delitos sem justificativa adequada - é problemática na medida em que

3. A expansão penal (*overcriminalization*) e o perigo abstrato

O quadro de expansão penal traz em si algumas características bem marcantes, ensejando prologado exame sobre suas causas e consequências jurídicas. Contudo, delimitaremos nosso estudo em uma análise tridimensional da referenciada expansão, trabalhando i) o surgimento de novos bens jurídicos (meio ambiente, saúde pública, mercado de capitais etc.); ii) a antecipação da tutela penal (uso excessivo dos delitos de perigo abstrato e normas penais em branco); e, finalmente, iii) o alargamento da imputabilidade (inversão do ônus da prova, prestígio da periculosidade em detrimento da ofensividade ao bem jurídico e presunção absoluta de culpa)[16]. Resumindo, a evolução social pautada na imprevisibilidade dos riscos demanda proteção dos seus novos e verdadeiros bens jurídicos. Em razão disso, o legislador penal tem perfilhado tipos penais que se perfazem pelo simples perigo abstrato, relativizando garantias e deixando o indivíduo mais vulnerável ao alcance penal.

Dentro dessa análise tridimensional, recortaremos ainda mais o estudo da expansão criminal em três categorias amplamente reconhecidas e que vêm sendo debatidas pela doutrina dos principais sistemas jurídicos ocidentais, as quais se mostram de grande interesse e importância em virtude de atualmente cada vez mais se fazerem presentes nos ordenamentos jurídicos como um todo, quais sejam: i) administrativização (gestão de riscos e delitos cumulativos); ii) delitos de posse e, por fim, iii) atos preparatórios.

3.1. Administrativização do Direito Penal (gestão de riscos e delitos cumulativos)

A primeira categoria que nos interessa reside na administrativização do Direito Penal, consistente na incorporação legislativa criminalizante de elementos próprios do direito administrativo sancionador na gestão de riscos. Trata-se de um dos temas mais importantes da atualidade em matéria criminal. Em outras palavras: Direito Penal, originariamente erigido numa plataforma com vistas a regular o fato individualmente consumado, agora pretende atuar como instrumento de prevenção de danos gerais[17]. É o que percebemos, por exemplo, na pretensão do legislador em proteger certos bens coletivos e interesses da administração pública, criminalizando condutas que em verdade guardam relação com ilícitos administrativos. São condutas que não possuem aptidão e estrutura

priva indevidamente a liberdade dos cidadãos, fornece poder considerável ao Estado e aos seus agentes em questões de investigação, detenção, acusação e punição, e amplia exageradamente o aparelho penal estatal." A propósito, ver Mill (2010, p. 17, tradução nossa), ao discorrer sobre as possibilidades de restrição da liberdade de ação humana pelo poder do Estado, enuncia que: "O único propósito pelo qual o poder pode ser legitimamente exercido sobre qualquer membro de uma sociedade civilizada, contra sua própria vontade, é evitar danos a outros."

16. PRITWITS, 2003, p. 262.

17. SILVA SANCHEZ, 2001, p. 123.

suficientes para receberam a tutela de luxo do Direito Penal, mas são içadas ao campo residual do Direito Penal apenas por conta da ineficiência estatal em proteger administrativamente tais bens.

Um bom exemplo é a conduta de dirigir alcoolizado, ultrapassando os padrões de segurança estabelecidos pelo legislador. Embora ninguém duvide que o próprio ato de dirigir já atraia em si um risco e que a ingestão de álcool incrementa esse mesmo risco, não podemos aceitar a utilização de critérios estatísticos por si só para criminalização de uma conduta sem atentar para as peculiaridades existentes em cada caso concreto. Do contrário, estaríamos relativizando de forma preocupante garantias caras ao Direito Penal protetor da liberdade. À luz das estatísticas[18], haveria um largo e potencial espaço para criminalização de outras condutas, trazendo a reboque presunções absolutas de culpa, inversões do ônus de prova, menosprezo pelo princípio constitucional da ofensividade[19] e ao próprio papel do bem jurídico penal[20]. O acolhimento de uma culpa homogênea não encontra espaço onde há necessidade de individualização da conduta e da culpabilidade a ser aferida em cada caso concreto.

A administrativização ainda se manifesta por meio dos delitos cumulativos (*Kumulationdoikte*), comumente referenciados na suposta proteção de bens jurídicos, notadamente o meio ambiente e o mercado financeiro, pontos de maior atenção, atraindo permanente análise doutrinária[21]. Cuida-se de criminalizar uma conduta não por trazer

18. Feijoo Sanchez (2011, p. 40) admoesta que uma sanção para uma conduta estatisticamente perigosa não pode ser proveniente do direito penal se no caso concreto somente se verifica a desobediência administrativa, sem risco concreto de lesão a bem jurídico penalmente relevante. Segue o autor afirmando que "periculosidade estatística" não serve para legitimar intervenção penal.

19. Na Itália, Mantovani (2013, p. 188, tradução livre) explica que: "[...] o fundamento constitucional do princípio da ofensividade, como diretriz fundamental de política criminal e 'baricentro' do nosso direito penal constitucionalizado, exprime ele uma opção da nossa constituição a favor de um direito penal de base objetiva (como sistema de norma que tutela bens jurídicos) contra qualquer regressão a direitos penais subjetivos. Acolhendo tal princípio ao lado do princípio da legalidade formal, a Constituição tem dessa forma constitucionalizado uma noção de crime como fato ofensivo típico, cuja tipicidade pertence, junto aos outros requisitos estruturais (conduta, evento material, relação de causalidade), o requisito essencial da ofensa ao bem tutelado".

20. Silva Sánchez (2001, p. 128) trilha caminho similar: "*El límite de la infracción administrativa en materia de tráfico rodado es de 0,5 mg de alcohol por litro de sangre, según la normativa española. […] en términos de gestión administrativa del riesgo de la circulación –reducción de las enormes cifras anuales de muertes en carretera– puede tener incluso sentido el límite absoluto de O mg de alcohol por litro de sangre […] Ahora bien, tal criterio por sí solo no es operativo en el ámbito jurídico-penal. Pues ahí no interesa el aspecto estadístico, sino si la persona cuya conducta estamos enjuiciando puso realmente en peligro bienes jurídicos o no. Y aquí la apreciación estadística puede sólo constituir una presunción contra reo, en la que, en principio, no se da base suficiente para la imputación*".

21. Inserimos aqui, como exemplos, a falsificação de moedas e a corrupção no âmbito da administração pública.

consigo significante ofensividade ou perigo concreto aos tais bens jurídicos[22], mas sim pela possibilidade de reiteração de idêntica conduta pelo próprio autor ou até mesmo por terceiros[23], sem qualquer liame psicológico vinculativo (autoria acessória). O legislador busca nessas hipóteses conjugar a plataforma da responsabilidade penal individual com profecias acerca dos efeitos maléficos de uma provável repetição de ações coletivas[24]. Fazendo isso, institui uma inaceitável e inusitada "autoria acessória universal"[25], materializada fartamente pela via questionável dos crimes de perigo abstrato.

Alguns fundamentos são levantados em prol dessa modalidade antecipatória de tipificação penal. Muito se tem falado no campo ambiental, por exemplo, sobre a existência de danos difusos com repercussão em gerações futuras[26], o que levaria à formação de uma modalidade de ética voltada pragmaticamente para a preservação de condições aptas a garantir a preservação da espécie humana, criando para a atual geração um nova responsabilidade pela manutenção do que ainda está por vir[27]. E o discurso vem sendo reforçado

22. Feinberg (1984, p. 229) vê a inofensividade de cada conduta como um problema de imputação para o legislador.

23. Feinberg (1984, p. 225-227) explica, resumidamente, o dano cumulativo (*accumulative harms*) ao lembrar que alguém sempre pode questionar: "E se todo mundo fizesse isso?" Nesse contexto, o autor acena ainda para a possibilidade de utilização do *harm principle* como técnica de criminalização, mas desde que o legislador esteja municiado das melhores informações empíricas sobre condutas a serem reiteradamente praticadas e sobre o nível de habilidades de seus praticantes. Ver, ainda, minucioso estudo realizado por Dias (2003, p. 303-345), no qual o autor conclui que os danos cumulativos se ligam ao processo de administrativização do direito penal e flexibilização das principais categorias de imputação penal. Defendendo a ilegitimidade da regulação penal dos danos cumulativos, conferir Feijó Sanches (2011, p. 42 e ss.).

24. DIAS, 2003, p. 335.

25. SILVA SANCHEZ, 2001, p. 135.

26. Câmara (2018, p. 172-173) defende a legitimidade dos danos cumulativos por meio de uma concepção antropocêntrica do bem jurídico ambiental. O autor segue afirmando a necessidade de reconhecimento do que chama de "ofensividade *sui generis*", com natureza diversa, eis que teria sua constatação verificada ao longo do tempo, ou seja, de maneira diacrônica.

27. Dias (2008, p. 27-35) fala em "necessidade de proteção das gerações vindouras". Para o autor, o engrandecimento do poder do homem, fruto de permanente evolução científica e tecnológica, desencadeou o encontro entre a geração atual e as futuras gerações. Razão disso, haveria necessidade de levar a teoria da justiça ao palco de discussão voltado à produção de normas atreladas ao controle social, pois seria injusto que a sociedade atual agisse de forma indiferente ao porvir ou mesmo deliberasse sobre eventos futuros sem qualquer participação daqueles que realmente sofreriam seus efeitos. Seria necessário, então, incluir os interesses das gerações futuras no debate público, sob um viés humanitário, possibilitando a construção de "[...] uma solidariedade intergeracional, com base na qual a geração presente se compromete a assegurar a viabilidade das condições de existência das gerações futuras". Por fim, o autor vai ao cerne do problema, envolvendo o direito penal, com uma indagação de alto relevo: "Por outras palavras, deve o Direito Penal permanecer direito penal da ofensa, da punição das condutas que de uma forma mediata ou imediata, mas sempre susceptível de densificação ou comprovação, provocam uma

pela densificação normativa do ambiente como bem jurídico coletivo e com sua necessidade de proteção calcada no "princípio da solidariedade intergeracional"[28]. Entretanto, imperioso constatar que não existe base dogmática sólida para legitimação dessa técnica de criminalização. Também aqui haveria carta branca para o legislador criminalizar estatísticas, penalizando condutas individuais já sabidamente inofensivas, sem encaixe na teoria do delito.

A bem da verdade, abre-se aqui um debate mais amplo (que será enfrentado mais adiante) sobre a necessidade ou não de reestruturar a teoria do delito ante a formação de um novo paradigma social a demandar mudanças. De antemão, já antecipamos que o instrumental teórico já existente deve ser preservado, ao menos por ora, haja vista sua capacidade de lidar com os problemas decorrentes da evolução social. Bem por isso, os delitos cumulativos não devem ser assimilados pelos atuais sistemas penais, sob pena de enfraquecer garantias já estabelecidas e possibilitar a construção de uma dogmática funcionalizada[29], escrava de qualquer interesse pretensamente voltado a proteger bens coletivos[30]. Aos nossos olhos, essa possibilidade profética de incriminar danos futuros por condutas cumulativas e individualmente inofensivas deve ser abarcada pelo princípio da bagatela[31] ou então declarada inconstitucional[32].

3.2. Delitos de posse

A segunda categoria a ser estudada no quadro de expansão diz respeito aos delitos de posse (*besitzdelikte*). Por certo, a imputação criminal, antes pautada numa conduta que produzia ou que tinha a potencialidade concreta de causar resultados lesivos, vem há algum tempo[33] abrindo espaço para uma política criminal escorada no desvalor da ação e do resultado, caracterizando-se ainda pela premissa de evitar a concretização de

degradação do valor daqueles bens para os seus titulares, ou deve converter-se em Direito Penal preventivo e cautelar, reforçando com as suas sanções a disciplina de funcionamento do sistema, seja ele econômico ou técnico-científico?"

28. Cronologicamente, tem repouso constitucional na Alemanha (art. 20, "a"), Portugal (art. 66, II, "d") e Brasil (art. 225). Dias (2008, p. 29) anota a previsão da solidariedade intergeracional na Convenção da ONU, realizada em julho de 1992, bem como no preâmbulo da Carta dos direitos fundamentais da União Europeia.

29. Sobre o funcionalismo, ver notas 40 e 41.

30. DIAS, 2003, p. 315.

31. SCHÜNEMANN, 2013, p. 65.

32. DIAS, 2003, p. 345.

33. Busato (2016, p. 79) nota um aumento significativo de tal categoria de delito na segunda metade do século XX.

riscos coletivos e ao próprio possuidor[34]. Isso tem implicado na utilização exagerada dos crimes de perigo, notadamente o perigo abstrato, com a proliferação de normas penais em branco[35]. O processo de criminalização da simples posse de determinados objetos ou substâncias, sem espaço para aferição da existência de eventual perigo concreto a determinado bem jurídico, promove um modelo de antecipação penal incompatível com a transitoriedade e a riqueza das interações sociais, legitimando uma espécie de "legislador absoluto" e "juiz controlado", sem campo de análise das peculiaridades de cada caso *sub judice* para ulterior e adequada decisão.

Vejamos dois exemplos.

A legislação portuguesa pertinente ao consumo e ao tráfico de estupefacientes estabelece um número cabal e criminaliza a detenção de mais de 10 (dez) doses diárias de droga ilícita para o consumo[36]. Houve inicialmente o desejo de descriminalizar o consumo, transformando-o em contraordenação. Contudo, o consumo deveria ser limitado ao padrão previsto em lei, sem possibilidade de o julgador atentar-se para as peculiaridades de cada caso concreto. A jurisprudência encampou o entendimento legal,

34. A proteção ao próprio possuidor fica evidente nos casos de posse para consumo de drogas ilícitas, gerando grande discussão pelo viés do paternalismo penal. Consideraremos aqui o paternalismo como sendo aquele materializado em medidas adotadas no intuito de proteger determinados bens jurídicos independentemente da vontade de seus respectivos titulares, atrelado ao conceito de estado de vulnerabilidade. Essa concepção é encontrada em Feinberg (1986, p. 5-8) quando explica a dicotomia entre espécies de paternalismo: i) paternalismo presumivelmente reprovável é aquele em que a proteção se dirige apenas ao indivíduo beneficiado (paternalismo benevolente) ou se dirige também a terceiros (paternalismo não benevolente); e ii) paternalismo presumivelmente não reprovável é o que se destina a proteger indivíduos em estado de vulnerabilidade, independentemente de consentimento – esse seria o caso dos indivíduos toxicodependentes. Buscando razões éticas, Palma (2004, p. 279) sinaliza que: "Ora, no tráfico, o que existe de eticamente muito censurável não é tanto o facto de ser ele um elo de uma cadeia de riscos, tal como também a venda de álcool pode ser encarada – isso não seria bastante para tão grave censura –, mas antes o facto de revelar uma específica relação de exploração de outros seres humanos (a utilização de sua saúde física e psíquica para fins económicos)".

35. Dias (2012, p. 185) destaca a abundância das normas penais em branco. Mantovani (2013, p. 50-52) observa a dificuldade em conferir legitimidade às normas penais em branco ante o novo cenário constitucional. Para o autor, as normas complementares (*rectius*, administrativas) somente alcançaram legitimidade à luz do princípio da reserva legal quando demonstrarem "determinação suficiente" de conteúdo e limites, sem violar o panorama de garantais já firmado.

36. Num breve resumo, a Lei 15/1993, de 22 de janeiro, antevia no seu artigo 40 ser crime o consumo, o cultivo, a aquisição e a detenção para consumo de drogas ilícitas. Entretanto, a Lei 30/2009, de novembro, por meio de seu art. 2, números 1 e 2, descriminalizou o consumo e a detenção ou a aquisição de droga para o consumo até a quantidade de 10 (dez) doses diárias, conferindo-lhes o *status* jurídico de contraordenação penal. O cultivo continuou como crime. O problema é que o legislador não disciplinou expressamente a situação do indivíduo que detivesse ou adquirisse, para consumo próprio, produto estupefaciente em quantidade superior ao consumo médio individual, ou seja, acima das 10 (dez) doses diárias aptas legalmente para caracterizar o estado presumido de consumo.

transformando em traficante todo e qualquer usuário despercebido que for flagrado na posse de algumas doses diárias acima da quantidade prevista em lei[37]. Na Alemanha, o Código Penal (§ 184c StGB) criminaliza o indivíduo que "buscar obter a posse de escritos de pornografia juvenil que reproduzam um acontecimento real ou aquele que possuir escritos dessa natureza"[38]. Considerando que fotografias são equiparadas a escritos (§ 11 item 3 StGB), caso indivíduo de 18 anos seja presenteado com uma fotografia em cores sexuais de sua namorada de 17 anos e seja flagrado na posse desse objeto, será responsabilizado criminalmente, embora o sexo consentido e praticado entre ambos não seja crime[39].

Os delitos de posse são demonstrações visíveis da perda de importância da ação na teoria do delito, constituindo-se em categorias decorrentes da construção de bases teóricas funcionalistas[40-41], as quais abriram caminho para mudanças substanciais de cunho

37. Voltaremos e esse ponto adiante, analisando a jurisprudência portuguesa.

38. ROXIN, 2014a., p. 79.

39. O exemplo é de Roxin (2014a, p. 79), o qual ainda conclui tratar-se de crime sem objeto jurídico a proteger, destacando que a ausência de decisões judiciais sobre referido tipo é prova de que já não mais estaria em vigor há bastante tempo.

40. Para entender o funcionalismo penal, temos que fazer um mergulho diacrônico até Durkhein (1991, p. 12-13, tradução nossa), quando explica a divisão social do trabalho através da palavra "função", a qual pode expressar dois significados, quais sejam: i) pode ser um movimento descoordenado, sem previsão de suas consequências; ou ii) pode assumir um papel dentro de uma relação de correspondência, suprindo uma necessidade sistêmica. O autor entendia que a divisão social do trabalho: "Por aumentar ao mesmo tempo a força produtiva e a habilidade do trabalhador, [seria] condição necessária do desenvolvimento intelectual e material das sociedades; [seria] a fonte da civilização". As ideias durkheimianas impulsionaram o funcionalismo, que alcançou o Direito Penal em 1970 pela obra intitulada Política criminal e sistema jurídico-penal (*Kriminalpolitik und Strafrechtssystem*), por meio da qual Roxin (2012, p. 7-9), em brevíssima ideia, defende a junção entre política criminal e dogmática penal, tendo por linha estrutural a abertura do sistema penal e sua condução pelos direitos humanos e princípios sociais do direito. Desse modo, o autor relativiza a pureza sistêmica, e reconhece o perigo de reduzir a dogmática a fórmulas abstratas, sem considerar as peculiaridades do caso concreto, questionando-se: "De que serve, porém, a solução de um problema jurídico, que apesar de sua linda clareza e uniformidade é político-criminalmente errada? Não será preferível uma decisão adequada do caso concreto, ainda que não integrável ao sistema?" A evolução do funcionalismo penal levou à sua bipartição, que será vista na nota seguinte. Outrossim, para uma visão mais apurada do funcionalismo, com enfoque psicológico e sociológico, imergindo na filosofia da linguagem de Wittgenstein e na teoria do agir comunicativo de Habermas, conferir Vives Antón (1996, p. 158-198).

41. Como vimos na nota anterior, o funcionalismo tem raízes sociológicas nos ensinamentos de Durkheim e foi transportado para o direito penal. Atualmente, suas principais correntes podem ser traduzidas no funcionalismo teleológico de Roxin e no funcionalismo sistêmico de Jakobs. Em resumo simplório, Roxin (2012, ver especialmente p. 20 e ss.) sustenta a necessidade de união entre o direito penal e a política criminal, rejeitado o hermetismo das fórmulas herdadas do positivismo, com o objetivo de moldar categorias do direito penal e considerar aspectos sociais no processo de decisão penal, relativizando o sistema penal em si. Por sua vez, o funcionalismo de Jakobs (2003, p. 10-13) enaltece o sistema, que seria responsável por assegurar expectativas

epistemológico nos sistemas ocidentais de atribuição de reponsabilidade, gerando um panorama interrogativo sobre quais seriam as verdadeiras funções do Direito Penal[42]. Do controle de condutas, o Direito Penal perpassa para o controle de comportamentos sem ação e estado de pessoas, levando ao ápice da antecipação da tutela penal, sob o argumento de proteção universal. Num breve itinerário histórico: punia-se o resultado; depois, passou-se a punir a ação; agora, pune-se um comportamento ou um estado pessoal; e, ao que parece, já se estuda meios de legitimar a punição de intenções[43], como veremos a seguir. Antes, porém, veremos importantes repercussões do caso Robinson *v.* Califórnia, 370 U.S. 660 (1962).

O referido caso ganhou relevância no Direito Penal norte-americano gerando intensos debates em torno do princípio do *act requirement*. Robinson foi preso nas ruas de Los Angeles após um policial detectar que seus braços apresentavam marcas de agulhas. Após comprovação médica de que era viciado em narcóticos, Robinson foi levado a julgamento. Foi condenado pelo Júri e teve a condenação confirmada em segundo grau pelo Tribunal da Califórnia. Entretanto, a Suprema Corte norte-americana reformou a condenação sob o argumento de que era preciso constatar uma ação para configuração de um crime. A Corte entendeu não haver possibilidade de incriminar o estado de uma pessoa. O *act requirement* ainda persiste, embora as críticas venham progredindo pelo vento das doutrinas alternativas[44], mormente aquelas doutrinas que sublinham a dificuldade em delimitar um conceito adequado de ação diante da complexidade resultante do entrelaçamento social e dos quadros de omissão com significativo relevo penal.

Entre essas referenciadas doutrinas alternativas envolvendo o conceito de ação na teoria do delito, vale mencionar, em linhas gerais, duas delas, quais sejam: o *control requirement* de Douglas Husack e a concepção significativa da ação de Vives Antón. Por meio delas, procuraremos ressaltar que os principais sistemas penais têm demonstrado

---

de comportamentos sociais estabilizados por normas. Nesse contexto, o crime seria uma negação à validade da norma e, por consequência, do sistema, gerando uma lesividade social que deve ser sanada pela sanção penal, revalidando o sistema. Nas palavras do autor: "A sanção contradiz o projeto do mundo do infrator da norma: este afirma a não-vigência da norma para o caso em questão, mas a sanção confirma que essa afirmação é irrelevante". Em outra ocasião, Jakobs (2012, p. 36-40) trata do funcionalismo sistêmico e daquilo que denomina de "falta de fidelidade ao ordenamento jurídico". Para uma visão crítica de ambas as concepções de funcionalismo, enfatizando o "significado das palavras", conferir Vives Antón (1996, p. 447-452).

42. BUSATO, 2016, p. 84-85.

43. Literariamente, vale a analogia com o "pensarcrime", fruto da genialidade de Orwell (2015, p. 22) quando profetizava, já na primeira metade do século XX, a possibilidade fictícia do Estado controlar até os pensamentos.

44. Husak (2007, p. 2437 e ss.) e Duff (2007, p. 57-60) relativizam a ação por si só e enaltecem o controle da ação como pressuposto de imputação penal. D'outra banda, Vives Anton (1996, p. 205, tradução nossa) pontua que a ação "não pode ser definida como substrato da imputação jurídico-penal". Para o autor, a ação deve ser concebida "como um processo simbólico regido por normas, como o significado social da conduta".

carência de fundamentos dogmáticos plausíveis na tentativa de contenção ou mesmo legitimação da antecipação da tutela penal. Outrossim, justificamos as escolhas teóricas pelo objetivo de atribuir ao nosso estudo um caráter universal e, por isso, mais abrangente, ao buscar respostas ao nosso problema considerando a existência de doutrinas colhidas junto aos sistemas do *common law* e também do *civil law*, embora ditas teorias ainda estejam sob o crivo da comunidade jurídica internacional. E, por fim, nossa maior pretensão é demonstrar que até as novas ideias alternativas na busca de um conceito adequado de ação não se coadunam com a figura de um "juiz controlado".

Husak rejeita o princípio do *act requirement*, sugerindo que a imputação penal deve ser guiada pela possibilidade ou não do controle da ação[45]. O autor critica o fato de não haver um conceito seguro sobre quais ações seriam exigidas para responsabilização penal, bem como contesta a ausência de conexão entre a exigência de ação e outros elementos do sistema de imputação tais como a culpabilidade e a voluntariedade[46] e, por último, assevera não haver indicação de alguma fonte normativa no Direito Penal norte-americano que recepcione o *act requirement*, o que vem gerando confusão[47]. Os delitos de posse também são um dos pontos de ataque, uma vez que o autor inadmite que o estado de posse seja concebido como ação[48], apesar de previsão expressa no Código Penal Modelo[49] estadunidense. Conclui que o sistema de imputação penal é melhor explicado pelo que denomina de *control requirement*, admitindo, porém, dificuldades em lidar com o caráter impreciso e vago resultante da tarefa de encontrar qual seria o grau de controle apto a ensejar responsabilidade penal[50].

---

45. Husak (2007, p. 2454) é direto ao afirmar que: "What is important to our theory of criminal responsibility, I submit, is not action itself, but rather the control that actions typically presuppose".

46. Sobre a possibilidade de atos involuntários gerar responsabilidade penal, o autor traz o caso *People v. Decina*, *138 N.E. 2d 799 (N.Y. 1956)*, quando o réu, durante um ataque epilético, perdeu o controle do seu automóvel e matou quatro crianças que estavam na calçada. A acusação alegou que o réu atuou culposamente ao operar um veículo a motor mesmo ciente de estar sujeito a ataques epilépticos, com a possibilidade de perder a consciência por um considerável período de tempo, o que terminou acontecendo. Para Husak (2007, p. 2442), o *act requirement* não teria aptidão para solucionar tal caso, ante a involuntariedade da conduta. Por sua vez, adotada sua ideia de que o réu tinha o controle da situação ao decidir não ingerir a medicação ou mesmo dirigir seu veículo sabedor de suas limitações, haveria melhores condições para fundamentar um quadro de imputação penal.

47. HUSAK, 2007, p. 2437-2438.

48. Husak (2007, p. 2439) exemplifica seu pensamento ao afirmar que: "In any event, no one should say that the state of possessing something – like a weapon or controlled substance – is an act. If criminal liability is imposed for the state possession – as seems undeniable – criminal liability is not always imposed for an act".

49. Segundo o Model Penal Code § 2.01 (4) (1962): "Possession is an act, within the meaning of this Section, if the possessor knowingly procured or received the thing possessedor was aware of his control thereof for a sufficient period to have been able to terminate his possession".

50. HUSAK, 2007, p. 2455-2458.

Por sua vez, Vives Antón, amparado no seu modelo de imputação pautado na filosofia da linguagem, detecta a impossibilidade de analisarmos a ação apenas como um fato específico e isolado, explicando que a compreensão do ato deve ser feita de maneira contextualiza e simbólica, sempre guiada por um feixe normativo[51]. Portanto, logo de início, percebemos que a ação penalmente relevante não se perfaz apenas com padrões absolutos legalmente estabelecidos[52]. Tanto é assim é que para Vives Antón as normas teriam o objetivo de fornecer elementos capazes de identificar o sentido decorrente da ação e, a partir disso, descobrir a real intenção do agente[53]. Ademais, embora reconheça a existência de uma relação interior entre ação e intenção, o autor sinaliza que tal fato não conduz obrigatoriamente a concluir que toda ação expressando um sentido seja sempre a materialização de uma intenção[54]. Outrossim, o sistema de imputação proposto por Vives Antón, forjado sob o modelo filosófico de Wittgenstein, confere grande importância a interpretação, rejeitando termos absolutos[55].

Ao trazermos ideias iniciais sobre as doutrinas de Husak e Vives Antón, como já dissemos, nossa intenção foi conferir maior amplitude e universalidade ao presente estudo e endossar a necessidade de maior abertura na interpretação dos tipos penais. Diante de razões metodológicas, mormente no que toca às dimensões deste trabalho, não podemos ir mais além. Porém, já podemos perceber que eventuais reformulações desejadas para amortecer a ânsia antecipatória do legislador penal, traduzida na utilização exagerada dos crimes de perigo, devem necessariamente conferir maior lastro interpretativo ao aplicador da lei. É temerário submeter o Direito Penal a fórmulas herméticas[56]. A catalogação de hipóteses absolutas é incompatível com o atual quadro constitucional em vigor nos principais países ocidentalizados e com o papel que se espera dos juízes. A seguir, veremos quão significativa (ou não!) é a atuação judicial em face dos atos preparatórios, derradeira categoria a ser aqui analisada dentro do quadro da expansão penal incialmente proposto.

51. VIVES ANTÓN, 1996, p. 205.

52. Vives Antón (1996, p. 210-213, tradução nossa) sedimenta sua teoria no pensamento wittgensteiniano, rejeitando "[...] a ideia de linguagem como sistema de regras de cálculo lógico [...]". O autor concorda que a semântica hermética pode restringir as funções da linguagem ao fenômeno da mera descrição, ao passo em que a análise contextual da ação tem o condão de potencializar a comunicação, notadamente pela necessidade de interpretação.

53. VIVES ANTÓN, 1996, p. 218.

54. VIVES ANTÓN, 1996, p. 223.

55. Sobre essa abertura interpretativa, Vives Antón (1996, p. 219) admite inclusive a busca por uma "[...] intencionalidade externa, objetiva, uma prática social constituinte do significado [...] na qual se apoiam as intenções do sujeito, e sem a qual não seriam sequer identificadas como intenções". A análise sobre a concretização do tipo, como podemos perceber, traz em si alta carga interpretativa, mesclando o jurídico e o social.

56. Oportunamente, traremos vários exemplos para corroborar nosso estudo.

3.3. Atos preparatórios

A criminalização dos atos preparatórios liga-se ao grande problema de se estabelecer quando deve ser dada a largada para incidência das normas penais. Um importante norte a ser seguido é detectar o *iter criminis*, seguindo-o até sua ultimação[57]. Criminalização de condutas embaladas por meros pensamentos diabólicos, fundamentada na personalidade "desviada" de agentes e no perigo idealisticamente vislumbrado, não pode justificar a intervenção penal[58]. Não estamos negando que a criminalização excepcional dos atos preparatórios seja um dos caminhos viáveis para a política criminal cumprir seus objetivos de proteção. Ao revés disso, a excepcionalidade de tal categoria criminalizante só vem reforçar dois vetores do nosso pensamento: i) a necessidade de abertura interpretativa dos tipos abstratos aos juízes; e ii) a confirmação da importância do bem jurídico penal[59] nessa empreitada judicial interpretativa.

Assim, a referenciada excepcionalidade da intervenção penal precoce é fincada em dois pressupostos bem nítidos: primeiro, deve ser verificada a necessidade de antecipação da tutela penal antes do início do crime e, num segundo momento, o tipo deve ser analisado sob o seu potencial de realização à luz do bem jurídico tutelado[60]. Dessa maneira, não discutimos a criminalização dos atos preparatórios enquanto decisão política criminal. Contudo, não temos dúvidas que o potencial de realização material do tipo deve ser aferido caso a caso pelo juiz. Ninguém duvida, por exemplo, que o crime de moeda falsa possa ser concebido enquanto ato preparatório criminoso. Por outro lado, para ser concebido enquanto conduta capaz de lesar o bem jurídico protegido, seja ele qual for[61], deve haver possibilidade judicial de análise das peculiaridades do caso em concreto e do contexto social no qual a ação foi produzida[62]. Uma única nota falsa pode ser receber diferentes interpretações, conduzindo a diferentes resultados.

O perigo abstrato é o motriz da criminalização de atos preparatórios. Essa técnica legislativa, em algumas hipóteses que envolvem medo coletivo, como nos casos, por

57. DIAS, 2012, p. 681.

58. DIAS, 2012, p. 682.

59. O bem jurídico penal no quadro da expansão será estudado a seguir.

60. DIAS, 2012, p. 683.

61. Referimo-nos aqui aos bens jurídicos individuais ou coletivos, indistintamente.

62. Dias (2012, p. 684) traz interessante exemplo. O autor entende questionável o artigo 271 do Código Penal Português, o qual pune os atos preparatórios da contrafação, afirmando tratar-se de antecipação exagerada da tutela penal. Para o autor, nessa hipótese, o legislador estaria punindo a "preparação da preparação" do crime de colocar moeda falsa em circulação. Com todo respeito, continuamos a pensar ser possível a vivência normativa do referido tipo criminal. Imaginemos a situação na qual um grande estabelecimento é descoberto contendo várias máquinas e apetrechos indicadores da produção iminente de grande quantidade de moeda falsa. Em tal situação, ao que parece, o perigo é concreto. Embora as máquinas não estejam em funcionamento, tudo sinaliza para uma hipótese viável juridicamente de "preparação da preparação" punível criminalmente.

exemplo, de combate ao terrorismo, indica que a antecipação da tutela penal tem chegado a níveis extremos, beirando o inaceitável perante toda carga de princípios limitativos da intervenção penal. Princípios básicos como a legalidade, a ofensividade e a culpabilidade são desprezados[63]. Também aqui, ou mais ainda aqui, tem grande importância a atuação do juiz enquanto ator processual na análise do caso concreto. A atuação judicial não pode ser controlada de forma absoluta, sob pena de o processo transformar-se num *mise en scène* e o juiz transfigura-se num mero homologador da atividade legislativa, alijado dos poderes constitucionais que lhe permitem até mesmo declarar a inconstitucionalidade de qualquer tipo penal[64]. Cada processo traz em si suas peculiari-

63. Marino (2017, p. 45-51) detecta a existência de um direito penal simbólico e de autor, demonstrando preocupação com a tendência do legislador em criminalizar "[...] le più recondite forme di adesione psicologica alla causa terroristica", citando como exemplos os arts. 270-*quarter*, 1 do C.P. italiano (*antizipazione classica*) e 270-*quarter* (*anticipazione estrema*).

64. Cyrino (2007, p. 27-43) constata que o direito constitucional britânico sofreu significativas mudanças a partir do fim da década de 1990, principalmente pela promulgação do i) *Human Rights Act*, de 1998, que possibilitou a declaração jurisdicional de incompatibilidade entre leis locais e a Convenção Europeia dos Direitos Humanos; e da ii) *Constitucional Reform Act*, de 2005, que reestruturou substancialmente o Poder Judiciário, inclusive com a criação de uma Corte Constitucional separada do Parlamento. O autor cita o caso dos presos de Belmarsh, no qual nove mulçumanos eram mantidos em prisão de segurança máxima, sob amparo da legislação antiterrorismo, por prazo indeterminado e judicializaram a questão. Os juízes detectaram que a prisão por tempo indeterminado era incompatível com os direitos humanos, embora não tenham determinado a soltura dos presos e nem a declaração de inconstitucionalidade da legislação em apreço. A decisão, que não vinculou as partes, teve nítida força política e, menos de um ano depois, a legislação foi modificada, excluindo a prisão por prazo indeterminado. Conferir, nessa linha, Barroso (2012, p. 34-36). Na França, Lamy (2015, p. 37-38) afirma que a Constituição de 1958 instituiu tardiamente o Conselho Constitucional, que nada previa sobre o controle de constitucionalidade das leis. Contudo, o referido Conselho, em histórica decisão, com data de julho de 1971, reconheceu valor constitucional ao preâmbulo da Constituição de 1958, passando a controlar o conteúdo e a constitucionalidade das leis francesas. O controle de constitucionalidade seguiu forjado pela jurisprudência até a promulgação da Lei Constitucional 2008-724, a qual criou a Questão Prioritária de Constitucionalidade (QPC), disciplinando e potencializando controle judicial das leis, além de relativizar a histórica desconfiança do povo francês ante a atuação dos juízes. Na Itália, o controle de constitucionalidade é bem diversificado quanto às suas técnicas e demonstra grande influência da jurisdição sobre o processo legislativo. Ramos (2010, p. 222-223) acena, por exemplo, para as "sentenças manipulativas substitutivas" proferidas pela Corte Constitucional Italiana, exemplificando com a sentença 15/1969, quando se declarou a inconstitucionalidade do art. 313 do CP italiano. A Corte substituiu a titularidade conferida ao Ministro da Justiça para autorizar a persecução penal em casos de desacato contra a Corte, atribuindo dita titularidade a si própria. Nas palavras do autor, tais decisões são: "[...] sentenças de acolhimento, por meio das quais se declara, prima facie, a inconstitucionalidade de um dispositivo legal, disso resultando uma lacuna normativa (própria e não uma omissão inconstitucional), a qual é, desde logo, suprida pela Corte, substituindo o conteúdo prescritivo do enunciado por um outro [...]". Contudo, Morais (2005, p. 398) noticia que tal modalidade de sentença, após intensa crítica doutrinária, vem sendo paulatinamente substituída pelas sentenças

dades e o juiz, partindo da norma legal, é peça fundamental na concretização do devido processo penal substancial[65] e na busca da "legitimação pelo procedimento"[66].

Veremos na última parte desse trabalho como Itália e França lidam com os atos preparatórios.

---

aditivas de princípio (declaração de inconstitucionalidade com delegação ao legislador), arrefecendo a criatividades dos juízes.

65. Essa vertente do devido processo legal (*substantive due process of law*) teve sua gênese no direito norte-americano no caso *Calder vs Bull* – 1798, por meio do qual o voto do Justice Chase albergou o entendimento no sentido de que o Judiciário teria o poder de nulificar os atos normativos (*rectiu*s, leis) contrários aos direitos fundamentais. Embora o resultado do julgamento fosse pela constitucionalidade do ato normativo questionado, iniciou-se a discussão sobre a possibilidade de se interpretar materialmente o princípio em questão, dotando-lhe de capacidade de fiscalizar o conteúdo das leis. Contudo, algum tempo depois se colocou uma pá de cal na discussão aludida com o julgamento do processo *Mugler vs. Kansas* – 1887, no qual a Suprema Corte fincou pé no sentido de reconhecer seu poder de fulminar os atos legislativos despidos de razoabilidade, lançando-se, assim, a ideia em destaque como um parâmetro de controle entre a lei e suas finalidades, ficando a cargo do Judiciário dizer sobre aquilo que seria ou não razoável. Sobre esse tema, Barroso (2012, p. 348) ensina que: "o princípio da razoabilidade ou da proporcionalidade permite ao Judiciário invalidar atos legislativos ou administrativos quando: a) não haja adequação entre o fim perseguido e o instrumento empregado; b) a medida não seja exigível ou necessária, havendo meio alternativo para chegar ao mesmo resultado com menor ônus a um direito individual(vedação do excesso); c) não haja proporcionalidade em sentido estrito, ou seja, o que se perde com a medida é de maior relevo do que aquilo que se ganha". Em sentido semelhante, conferir Murmann (2016, p. 100). Na jurisprudência do STF, ver o *Habeas Corpus 109*.277/SE, relatoria de Carlos Brito, julgado em 13.12.2011.

66. Luhmann (1980, p. 21-29) visualiza que, embora o convencional seja seguir um rito previamente estabelecido por lei, legitimado por eleição política, através do qual se chegará a uma decisão justa, ainda persistem críticas contundentes sobre esse modelo e busca-se a "legitimação pelo procedimento". Com efeito, as teorias clássicas do procedimento procuram equacionar o binômio formado entre a relação com a verdade ou com a verdadeira justiça como objetivo. Embora a meta almejada em cada procedimento organizado pelo direito seja detectar e traduzir em forma de rito a essência subjacente aos conflitos abstratamente profetizados, tornando "intersubjetivamente transmissível a redução de complexidade", seja auxiliado pela verdade, seja intermediado pelo poder legítimo de decisão, temos presenciado a ineficiência procedimental em atingir seus objetivos, dada a impossibilidade de captar as minucias de alguns conflitos sociais. O resultado dessa ineficiência é a padronização de respostas, gerando injustiça. O autor propõe a construção compartilhada da decisão do conflito por aqueles que sofrerão os efeitos decisórios e critica a exclusividade da jurisdição. Ora, se o juiz do caso concreto não teria aptidão suficiente para resolver o conflito penal, o que dizer do legislador, que atua de forma abstrata e ignorante da realidade *sub judice*? Cartuyvels (2003, p. 53-57) pontua que estamos vivendo "tempos de mediação" como resultado da crise de legitimidade e eficácia que assola os procedimentos tradicionais (mitológicos, nas palavras do autor) em resolver os conflitos sociais. Diante de um mundo complexo e marcado pelo pluralismo de valores, o plano jurídico é desafiado em ir além do formalismo, pois já não se aceita mais a exclusividade codificada de respostas. Para o autor, é evidente o surgimento de um paradigma pautado na justiça negociada nos campos jurídicos, englobando o direito penal. Um mundo em movimento não se coaduna com inflexibilidade judicial.

Esse quadro comparativo entre a criminalização de atos preparatórios leva-nos já a algumas conclusões, as quais podem ser projetadas para todo o contexto de expansão e controle penal, a saber: i) o legislador é incapaz de criminalizar condutas prevendo todas as suas peculiaridades e possibilidades fáticas, devendo, por isso, o tipo incriminador ser o mais preciso possível[67]; ii) a antecipação da tutela penal, pela técnica do crime de perigo abstrato, abusa de elementos normativos oportunizando imensa abertura interpretativa; iii) o papel da interpretação judicial, nesse contexto, assume fundamental importância, eis que nasce a possibilidade de os tipos penais receberem densificação por meio da jurisprudência[68]; iv) surge um poder de complementação judicial dos tipos criminais, com a rejeição de fórmulas absolutas[69]; v) o princípio da separação de poderes vem sendo relativizado, e tem incorporando um viés cooperação entre os poderes; v) o bem jurídico penal permanece vivo, mais do que nunca, funcionando como: a) potente instrumento de limitação da atividade legislativa; e b) farol interpretativo e linha base para fundamentação e controle de racionalidade da decisão judicial em matéria penal.

A imprescindibilidade do bem jurídico penal será vista a seguir.

4. Bem jurídico e risco no contexto da expansão penal

É compreensível que a natureza e as limitações desse trabalho não nos permitam fazer um estudo manualístico e, portanto, mais aprofundado sobre o conceito e as funções atuais do bem jurídico penal. Razão disso, preferimos selecionar dois estudos recentes e provenientes da doutrina alemã, que serão *hic et nunc* nossos marcos teóricos, por entendermos que abarcam muito bem a ideia que queremos transmitir sobre a importância e o atual funcionamento daquele referenciado conceito, sem prejuízo de estruturarmos nossas ideias em outras fontes doutrinárias. Os estudos aos quais faremos maior

67. Tal assertiva encontra eco na jurisprudência do TEDH, mais precisamente no § 49, do caso *The Sunday Times v. United Kingdom*, julgado em 26 de abril de 1976. Naquela ocasião, cristalizou-se o entendimento pelo qual o legislador deve ser o mais preciso possível, possibilitando que os jurisdicionados guiem suas condutas tendo por norte o texto legal. Entretanto, consignou-se também a impossibilidade de previsibilidade legal absoluta, pois a experiência demonstrar que o legislador não tem capacidade de antever todas as hipóteses fáticas passíveis de realização.

68. Tal fato é bastante questionado por parte da doutrina, a qual vislumbra uma espécie de "ativismo judicial". Porém, esse poder de complementação judicial já vem sendo exercido por vários tribunais, em vários países, conforme demonstraremos mais à frente. Inclusive, o TEDH endossa essa possibilidade, consoante foi grafado no § 20 do caso *Radio France and Others v. France*, julgado em 30 de março de 2004, ao afirmar que a clareza da norma é respeitada quando o indivíduo tem a possibilidade de conhecer o teor do tipo incriminador e dos comportamentos que ensejam sua responsabilidade penal, seja em razão do texto da lei, seja a partir da jurisprudência. Ao decidir dessa maneira, o TEDH concedeu uma interpretação extensiva e flexível ao princípio da legalidade, permitindo que a legalidade em matéria criminal seja complementada pela jurisprudência.

69. Sobre o poder complementar dos juízes no campo penal, conferir Barbosa (2015, p. 163-217).

referência foram traduzidos para o português com os seguintes títulos: "Sobre o recente debate em torno do bem jurídico"[70] e "O conceito de bem jurídico crítico ao legislador em xeque"[71], ambos produzidos por Roxin nos anos de 2010 e 2012, respectivamente, os quais sintetizam com lucidez a ideia do bem jurídico enquanto instrumento legítimo e capaz de limitar racionalmente a atividade legislativa.

Parece-nos bem claro que a discussão em torno do bem jurídico acentuou-se com o ocaso da Segunda Guerra Mundial, trazendo o legislador para o debate[72]. Coincidência ou não, é nesse mesmo período que surgem as sociedades de controle[73] e o uso acentuado dos crimes de perigo abstrato[74]. O Direito Penal mundial passava a ser fortemente influenciado por um sopro de pensamentos políticos que clamavam pela reafirmação das garantias fundamentais do cidadão[75], tão espezinhadas ao longo das Grandes Guerras. Por sua vez, a economia crescia impulsionada pela descoberta de novos riscos, gerando um horizonte de insegurança e apreensão. O legislador recebia àquela época a difícil missão de conciliar o desenvolvimento econômico, a segurança social e a manutenção das garantias e dos direitos fundamentais. Esse complexo quadro social, formador de uma visível tensão entre o político e o jurídico, despertou a necessidade de reativar a discussão sobre o bem jurídico ante a produção legislativa. Reafirmação, rejeição ou uma terceira via para o bem jurídico penal?

Embora não tenha surgido como elemento constritivo da atividade legislativa, e ainda hoje seja predominante o pensamento pelo qual o bem jurídico tem sua finalidade proveniente da lei, tratando-se de um conceito normativo, dita concepção começa a mudar com a incorporação de toda carga axiológica, inserida em diversos textos constitucionais, resultante do período posterior à Segunda Guerra[76]. Esse foi o marco temporal no qual as constituições deixaram de ser apenas documentos portadores de simples orientações políticas e sem normatividade, sendo içadas para o topo da pirâmide jurídica, com reconhecida força normativa[77]. A formação de um novo e atual estado constitucional re-

70. O título original é "*Zur neueren Entwicklung der Rechtsgutsdebatte*", com tradução de Greco.

71. O título original é "*Der gesetzgebungskritische Rechtsgutsbegriff auf dem Prüfstand*", com tradução de Leite.

72. ROXIN, 2014b. p. 41-69, p. 4; COSTA, 2000, p. 312.

73. DELEUZE, 1992, p. 219-220.

74. LOBATO, 2018.

75. O grande marco foi a Declaração Universal dos Direitos Humanos e os diversos textos constitucionais pós-1948.

76. ROXIN, 2014b, p. 45.

77. Hesse (1991, p. 19-25) exalta a força normativa da Constituição, a qual deve atuar pautada no princípio da necessidade, encontrando o "germe material de sua força vital", reconhecendo situações reais do presente para poder modular o futuro. Outrossim, Hesse realça que a força normativa da Constituição ganha concretização através da "vontade de Constituição" (*wille zur Verfassung*), que seria a realização prática das imposições embutidas no texto constitucional pelos

percutiu substancialmente na criação de tipos penais[78]. Por isso, as definições em torno do bem jurídico não podem ter hoje outro caminho senão aquele da compatibilidade constitucional[79], de modo a afastar a criminalização ao sabor das concepções morais e ainda resguardar o direito das minorias[80].

Com relação específica ao nosso tema, afirmamos desde logo que o legislador tem legitimidade para eleger a maneira pela qual irá regular a proteção de bens em situação de perigo, incluindo os crimes de perigo abstrato, contanto que deixe evidente qual o bem jurídico a ser protegido[81]. Entretanto, partimos da premissa pela qual o legislador penal não pode construir um quadro ilimitado de expansão, transgredindo princípios e garantias constitucionais. E o bem jurídico tem a função de servir justamente como instrumento limitativo[82], orientando eventual declaração de inconstitucionalidade ou mesmo guiando a atividade de complementação judicial dos tipos penais. Portanto, nosso pensamento está fincado na ideia de bem jurídico sob a ótica da política-criminal, uma vez ser

agentes legitimados. Assim, o referido autor contesta a ideia de Lassale (2003, p. 35 e ss.), para quem a Constituição seria apenas uma "folha de papel", resultante "[...] dos fatores reais de poder que regem um país".

78. Palma (2004, p. 273) assevera que "O Direito Penal tem, com efeito, uma inevitável âncora constitucional, na medida em que suas sanções são restrições fortíssimas dos direitos fundamentais e, por isso, têm de ser justificadas pela defesa necessária, adequada e proporcional de bens fundamentais". Apesar disso, Roxin (2014a, p. 91-94) lembra que parte da doutrina nega a possibilidade de invalidar um tipo penal por não proteger bem jurídico. O autor traz a prática de atos sexuais em público (§ 183a StGB) como exemplo de crime sem violação de bem jurídico, concluindo que seria mais adequado estabelecer uma punição na seara administrativa para tal hipótese. Conclui que a utilização do princípio da proporcionalidade como fundamento constitucional para invalidação de certos tipos penais é um caminho viável, merecendo maior estudo e aprofundamento.

79. Roxin (2014b, p. 55) explica que o conceito de bem jurídico crítico ao legislador deve estar fundamentado em diretrizes constitucionais, as quais fornecem um norte a ser seguido na construção de tipos penais. Contudo, tais diretrizes, que podem ser encaradas como verdadeiros postulados político-criminais, não vinculam o legislador. Por sua vez, Schünemann (2013, p. 44) sustenta que o bem jurídico funciona como uma "diretriz normativa", envolvendo, porém, conteúdo extraídos da filosofia. Concordamos com tais autores, acrescentando, contudo, que o legislador deverá respeitar princípios constitucionais, materiais e processuais, ao elaborar tipos penais. Trata-se, num sentido mais amplo, de atender ao devido processo legal. Não há espaço, por exemplo, para criação de delitos que prescindam da demonstração da ofensividade ou mesmo que invertam o ônus de produção probatória, afetando o princípio universal da presunção constitucional de inocência.

80. Schünemann, (2013, p. 54) e Roxin (2014a, p. 88) acrescenta sobre esse ponto que o propósito liberal sobre a ideia de bem jurídico é justamente evitar que a maioria imponha em detrimento da minoria a criminalização de condutas fundamentadas em questões políticas, religiosas ou sexuais, lembrando, ainda, quão manipulável é a opinião pública em matéria legislativa.

81. ROXIN, 2014b. p. 41-69, p. 60.

82. Greco (2011, p. 80-81) nos lembra, entretanto, que parte da doutrina alemã enxerga o bem jurídico como um mecanismo que serve para legitimar a expansão penal, principalmente quando se refere aos novos tipos penais envolvendo matéria econômica e ambiental.

a partir desse viés que a dogmática é melhor construída, com possibilidade de limitações reais e racionais ao poder legislativo incriminador[83].

Nesse contexto, pensamos que o melhor caminho a seguir é adotar uma teoria do bem jurídico com amparo constitucional[84], pois somente dessa maneira termos um *standard* normativo qualificado para conter a expansão penal pela via de um conceito crítico ao legislador[85]. Essa concepção constitucional do bem jurídico seria uma consequência até mesmo natural e resultante do fenômeno de constitucionalização do direito[86]. Entretanto, um problema principal surge dessa concepção: a grande abertura principiológica das constituições pós-Segunda Guerra Mundial, que tem produzido um grau indesejado de imprecisão para o bem jurídico penal[87]. Tal fato resta bem desenhado pelo reconhecimento legislativo

83. Greco (2011, p. 77) enuncia que o conceito de bem jurídico na perspectiva dogmática nada mais seria que um interesse protegido por uma norma pela livre vontade do legislador. Por tal vertente, e em curtas palavras, bem jurídico é aquilo que for decidido pela lei. Trata-se de um caminho perigoso, consoante demonstram pedaços da história recente, envolvendo regime totalitários.

84. A visceral ligação entre bem jurídico penal e direitos fundamentais do indivíduo reforça a conexão entre espaços jurídicos (penal e constitucional) a serem harmonicamente respeitados pelo legislador, o qual não poderá banalizar a criminalização de condutas, sob pena de inconstitucionalidade. Essa é a razão pela qual preferimos encampar o conceito de bem jurídico de Roxin (2014b, 47), ao definir que "[...] bens jurídicos seriam dados ou finalidades necessários para o livre desenvolvimento do indivíduo, para realização dos seus direitos fundamentais ou para o funcionamento de um sistema penal baseado nessas finalidades". Não muito diferente, Greco (2011, p. 89) entende que bens jurídicos seriam "[...] dados fundamentais para realização pessoal dos indivíduos ou para subsistência do sistema social, nos limites de uma ordem constitucional". Para nós, entre tais conceitos, dois elementos são essenciais: i) proteção de bens jurídicos fundamentais aos indivíduos; e ii) previstos numa constituição. Schünemann (2013, p. 49) defende a ótica da proteção dos bens fundamentais pelo viés da necessidade e do geral, não aceitando, por exemplo, delitos de violação à moral.

85. Roxin (2014a, p. 91-93) recorda que os antigos delitos contra moralidade (*Sittlichkeitsdelikte*) foram reduzidos pelo legislador alemão, através das reformas de 1969 e 1973, adotando-se de uma concepção crítica do bem jurídico como resultado de sua função político-criminal. O autor segue afirmando que a ideia de apoiar constitucionalmente a teoria crítica ao legislador pode hoje ser considerada como majoritária.

86. Guastini (2003, p. 50-58, tradução nossa) indica quais as condições para se aferir a constitucionalização de um ordenamento, quais sejam: i) uma Constituição rígida; ii) garantia jurisdicional da Constituição; iii) força vinculante da Constituição; iv) interpretação extensiva da Constituição; v) possibilidade de aplicação direta da Constituição; vi) necessidade de interpretação das leis conforme a Constituição; e, por fim, vii) poder de influência da Constituição sobre as relações políticas.

87. Greco (2011, p. 82-83) chega a questionar-se sobre a possibilidade de limitação dos poderes legislativos diante de constituições extremamente abertas e analíticas, como é o caso da brasileira, em que seria legítima até mesmo a criminalização do homossexualismo com a finalidade de proteger a família e a moralidade (arts. 226 e 221, inc. IV, ambos, respectivamente, da Constituição Federal Brasileira). O autor, todavia, conclui que a limitação é possível sim, exemplificando que a própria criminalização do homossexualismo deverá ruir ante direitos fundamentais como liberdade de privacidade, os quais prevaleceriam sobre a família e a moralidade.

de pretensos bens jurídicos coletivos no horizonte da expansão penal, criados com o propósito de legitimar determinados tipos penais que não são mais do que a soma de várias condutas individuais e ilícitas a determinados bens jurídicos concretos[88]. Persiste, assim, a dupla necessidade de descobrir quais são os bens jurídicos portadores de dignidade penal e ainda aqueles que podem verdadeiramente ser qualificados como bens coletivos.

Adotando, então, a teoria dualista do bem jurídico[89], a qual recepciona a existência tanto de bens individuais como de bens coletivos, e sem perder de vista que o conceito material de crime[90] não pode violar postulados constitucionais, identificamos um caminho que nos parece propício a estabelecer critérios capazes de guiar as atividades legislativa e judicial, tendo como bússola a concepção de bem jurídico: a saber: i) tipos arbitrários, calcados em razões ideológicas e transgressores de direitos fundamentais, não amparam bens jurídicos; ii) imoralidades não ofendem bens jurídicos; iii) lesão à própria dignidade não agride qualquer bem jurídico; iv) a proteção de sentimentos somente se caracteriza como bem jurídico em casos de ameaças reais; v) a permissão, o apoio e a própria autolesão, caso sejam realizados de forma consciente, não lesionam bens jurídicos; vi) tipos penais simbólicos não protegem bens jurídicos; vii) tabus não podem ser reconhecidos como bens jurídicos; e viii) objetos dotados de abstração e impalpabilidade não podem ser qualificados como bens jurídicos[91].

Essas balizas ainda podem ser acrescentadas por mais uma, atrelada ao pensamento doutrinário alemão (Roxin, Schünemann, Hefendehl e Amelung) que defende

88. Roxin (2014b, p. 49) adverte a impossibilidade de reconhecer como bens jurídicos objetos abstratos e impalpáveis, tais como "a paz pública", bem como aqueles que se revestem de conceitos gerais, como "a saúde pública". Greco (2011, p. 88) sedimenta o entendimento de Roxin, expressando sua insatisfação quanto aos conceitos como "ordem pública", "segurança pública", "incolumidade pública", "confiança" e tudo mais que possa ser extraído de conceitos ideais em detrimento de conceitos concretos, donde conclui que o melhor é o referencial ao bem jurídico enquanto realidade. Greco finaliza seu pensamento explicando que não se trata somente de uma realidade empírica, pois a honra seria um exemplo de bem jurídico real, embora não seja verificável empiricamente. Dias (2009, p. 483-484) anota, nesse contexto, que as alterações promovidas pelo legislador português na Revisão do Código Penal de 1995 terminaram por excluir o termo "saúde" dos crimes de perigo comum, e que "[...] o desaparecimento da saúde pública como referencial axiológico de caráter coletivo, denota a pretensão do legislador de deslocar a questão da natureza comum do crime para o plano do perigo concreto e dos bens jurídicos (pluri) individuais por ele atingidos, exigindo uma maior conexão entre aquela natureza comum e o problema da concretização do perigo".

89. Conforme Greco (2011, p. 86), a teoria monista-pessoal do bem jurídico não reconhece somente a coletividade como objeto de proteção penal, exigindo uma referência individual. Entretanto, é praticamente pacífica a existência de bens que nem sempre permitem a individualização, como o meio ambiente, por exemplo. Ainda teríamos a teoria monista-estatal que reconhece o bem jurídico enquanto interesse estatal. Contudo, essa teoria perdeu sustentação pela sua natureza autoritária.

90. Palma (2011, p. 114) aduz que o conceito material de crime vem sendo lapidado em face da ideia de bem jurídico.

91. ROXIN, 2014a. p. 70-97, p. 80.

a desconstrução dos falsos bens coletivos, reconhecendo-os, por meio da interpretação, como crimes de perigo abstrato que protegem bens jurídicos individuais[92]. Argumenta a referenciada doutrina alemã que um bem verdadeiramente coletivo deve ser marcado pela sua natureza não distributiva, ou seja, quando ele é gozado de maneira indivisível entre os indivíduos: vida e propriedade são gozadas individualmente, mas o meio ambiente ou a probidade da administração pública são aproveitados concomitantemente por todos; a saúde pública, nesse contexto explicativo, seria um falso bem coletivo, eis que seria apenas a soma de várias integridades físicas isoladamente[93]. Em resumo, quanto aos reais bens coletivos, a técnica legislativa mais adequada de proteção seria aquela que não pressupõe simultâneas lesões a bens individuais[94].

Até aqui, vimos que o conceito de bem jurídico deve atender aos comandos constitucionais e estabelecemos balizas para identificação de bens jurídicos individuais e coletivos aptos a receberem proteção penal. E, pela nossa linha de argumentação, somos levados já a crer na inexistência de crimes sem a indicação de bens jurídicos, sob pena de ilegitimidade (*rectius*, inconstitucionalidade)[95]. Respeitando essa imprescindibilidade do bem jurídico, podemos doravante deslocar as lentes do problema para o estudo das estruturas do delito aceitáveis no plano da antecipação da tutela penal, especialmente no tocante aos crimes de perigo abstrato e sua perigosa tendência de criminalizar comportamentos arredios aos padrões socialmente estabelecidos[96]. Como ponto de partida, de-

92. GRECO, 2011, p. 95.

93. GRECO, 2011, p. 95-96.

94. ROXIN, 2014a, p. 81; GRECO, 2011, p. 87.

95. Roxin (2014b, p. 66-69) prevê duas exceções nas quais há possibilidade de proteção penal, mas sem existência de bem jurídico que implique proteção de necessidades vitais humanas imediatas, quais sejam: a base vital das gerações futuras e a diversidade da natureza. O autor defende a excepcional ampliação do conceito de bem jurídico nessas hipóteses respaldado em quatro argumentos: i) gravidade do dano; ii) estreita relação com interesses humanos; iii) previsão constitucional explícita; e iv) adequação do direito penal ao novo mundo. Contudo, adverte: "Ainda assim, cominações penais serão exceções nesse campo, uma vez que disposições administrativas e multas contravencionais serão sanções em regra suficientes".

96. Roxin (2014a, p. 72-73) rechaça as duas principais correntes que rejeitam a ideia de bem jurídico penal. Roxin contesta o pensamento de Jakobs, ao afirmar que a norma penal se transforma de instrumento de proteção em objeto protegido, numa inversão altamente criticável. Roxin, ainda, questiona a função da "norma como orientadora de comportamentos", base da tese de Jakobs, pois entende que isso confirmaria a necessidade do bem jurídico, haja vista que o direito penal, caso pretenda orientar comportamentos, deve perseguir o fim de evitar lesões reais a bens jurídicos. Roxin (2014b, p. 63-64) também ataca o pensamento de Stratenwerth, o qual entende que a pena é motivada pela inobservância de "normas de comportamento básicas para o consenso fundamental". Tudo se resumiria em delitos de comportamento. Entretanto, Roxin sublinha impossibilidade de se alcançar um "consenso fundamental" numa sociedade multicultural e tão diversificada, razão pela qual ratifica a necessidade do princípio da proteção do bem jurídico como caminho adequado para encontrar soluções "racionalmente fundamentadas", principalmente como garantia para as minorias sociais.

vemos reconhecer o princípio da ofensividade como divisor de duas categorias gerais e possíveis: i) crimes de lesão e ii) crimes de perigo (concreto e abstrato). O princípio ofensividade supre as exigências constitucionais nos crimes de lesão e crimes de perigo concreto. Os problemas surgem, em grande escala, a partir da utilização dos crimes de perigo abstrato como meio de proteção de bens jurídicos.

Não seria preciso falar da grande celeuma doutrinária e do quanto já se gastou de energia para se conferir legitimidade aos crimes de perigo abstrato, com a criação inclusive de inúmeras classificações doutrinárias[97] – verdadeiro trabalho de Sísifo, *concessa maxima venia*. Para alguns, como já vimos, tudo terminaria numa simples declaração de inconstitucionalidade, por meio da qual o Poder Judiciário daria um duro golpe nas pretensões legislativas de criar padrões absolutos de segurança. Diferente disso, nossa constatação perpassa pela demonstração do papel limitativo que o bem jurídico impõe ao legislador, sendo agora ainda mais necessário para se aferir a legitimidade dos crimes de perigo abstrato, notadamente perante ideias que pretendem relativizar o conceito de bem jurídico, diluindo-o no mar da expansão penal. Deve ser reafirmado, portanto, o conceito de bem jurídico que aceita a ideia de proteção e de prevenção, mas que, por outro lado, rejeite simbolismos, efeitos reflexos e antecipados de potenciais lesões, afastando, ainda, tipos penais que veiculam violações de deveres de comportamento[98] sem aptidão empírica de provocar danos[99].

Para respondermos o problema principal do nosso estudo, forte nas premissas até aqui lançadas, sem desgarrar ainda dos princípios e das garantias constitucionais que

97. Dias (2009, p. 481) chega a falar em "constelações de perigo abstracto", deixando transparecer um tom de crítica. Em Rodrigues (2010, p. 13-88), podemos colher uma gama de exemplos: perigo abstracto, perigo concreto, perigosidade abstracta, perigosidade concreta, perigo abstracto-concreto, perigo potencial, perigo explícito, perigo implícito, perigo abstracto de segunda espécie, perigo hipotético, perigo concreto em sentido estrito, perigo concreto em sentido genérico, perigo presumido, perigo de perigo, perigo abstracto potencial etc.

98. Roxin (2014a, p. 75-80) tece severas críticas ao Tribunal Constitucional Alemão por não reconhecer até hoje a lesão a bem jurídico como pressuposto de imposição de pena criminal. O autor elenca seis decisões nas quais o Tribunal confirmou a existência de crime sem referência a bem jurídico, a saber: i) homossexualismo (abolido por reforma legislativa); ii) posse para consumo; iii) doação de órgãos entre vivos; iv) negação de fatos históricos; v) pornografia juvenil; e, por fim, vi) o incesto. Nessa última hipótese, Roxin faz importante observação: "Foi a primeira vez que o Tribunal Constitucional tomou uma posição em relação ao possível efeito limitador ao direito penal do princípio da proteção de bens jurídicos e defendeu a tese de que as faculdades do legislador não poderiam 'ser reduzidas [...] com um recurso a bens jurídicos'. Não podem ser deduzidas exigências em relação à norma penal 'de uma teoria jurídico-penal do bem jurídico'. Em incrível contradição com o que dissera, o tribunal buscou, no entanto, identificar bens jurídicos protegidos pela norma penal – a família, a autodeterminação sexual e a saúde dos herdeiros". Em contrapartida, a Corte Constitucional de Portugal vem confirmando a imprescindibilidade do bem jurídico penal em suas decisões, conforme pode ser visto nos Acórdãos 179/2012, julgado em 04.04.2012, e 377/2015, julgado em 27.07.2015.

99. PALMA, 2018, p. 80-81.

modulam e limitam a construção do conceito material de crime no Estado Constitucional de Direito[100], não vislumbramos melhor alternativa senão aquela que deflagra a bandeira da perspectiva materializadora dos crimes de perigo abstrato[101], com a respectiva indispensabilidade da categoria do bem jurídico na interpretação dos tipos penais[102]. Trata-se, em síntese, de buscar a conformidade constitucional do delito de perigo abstrato pela via do reconhecimento da cláusula de propensão ou aptidão (*Eignungsdelikte*)[103] como elemento normativo implícito do tipo. Dita perspectiva, ao nosso pensar, teria o condão de suprir déficits de legitimidade do sistema penal, nomeadamente diante dos problemáticos decorrentes da expansão penal e já mencionados ao longo desse trabalho.

Cuida-se de posição controvertida na doutrina que teve nascimento e evolução na Alemanha, consistindo em reconhecer uma categoria intermediária entre os crimes de perigo abstrato e concreto[104]. Com efeito, em aludida categoria, o tipo penal não seria

100. Matus (2019, p. 323, tradução nossa) acentua que: "Isto significa que a validade da lei e sua sujeição ao princípio da legalidade não podem ser discutidas sem considerar argumentos constitucionais".

101. Mendoza Buergo (2002, p. 64-67) explica que essa seria, entre as várias vertentes doutrinárias, aquela que melhor cumpriria os anseios de evitar punições carentes de perigo. Pela ideia da materialização, "[...] los delitos de peligro abstrato son delitos de conducta peligrosa ex ante en los que la concurrencia de ésta ha de comprobarse en el caso concreto como parte integrante de un efectivo desvalor de peligrosidad que forma parte del desvalor de acción y en los que, por tanto, no se exige ni la producción de un peligro concreto – a constatar ex post –, ni siquiera la presencia de un objeto típico en el radio de posible eficacia de la conducta". Conferir, ainda, Rodrigues (2010, p. 23-31).

102. SCHÜNEMANN, 2013, p. 40.

103. Rodrigues (2010, p. 47) esclarece a ideia da propensão como um mecanismo de redução do alcance da tipicidade do crime de perigo abstrato, eis que referenciada categoria de delito passaria a exigir prova de "propensão" da ação para gerar um perigo ao bem jurídico protegido. Nesse panorama de materialização do perigo abstrato, Mendes (2000, p. 118-119) noticia que Horst Schröder foi o responsável por criar a denominação de "crime de perigo abstrato-concreto", por meio de artigo intitulado "Abstrakt-konkrete Gefährdungsdelikte?" e publicado em 1967. Contudo, Mendes constata que foi de Hoyer a ideia mais feliz de criar uma nova denominação para os crimes de perigo abstrato-concreto, os quais deveriam ser chamados de "delitos de aptidão", justamente pela existência de uma cláusula de aptidão genérica de produzir qualquer fonte de perigo (*Gefahrenquelle*) para o bem protegido. Dias (2009, p. 479), por sua vez, indica a existência de "noções próximas" entre os crimes de perigo abstrato-concreto, de aptidão e de perigo hipotético. Em contrapartida, Moniz (2003, p. 558-559) advoga que os crimes de perigo abstrato-concreto e os crimes de aptidão podem ou não ser distintos a depender da forma pela qual os tipos sejam construídos, o que seria discutível, eis que a autora parte da premissa pela qual nos crimes de perigo abstrato concreto "[...] o agente apenas é punido se se verificar um perigo em concreto para o bem jurídico". Porém, não se exige o perigo concreto nos crimes de perigo abstrato-concreto, bastando a "idoneidade genérica" para produzir a lesão, conforme, por exemplo, Mendes (2000, p. 119).

104. MONIZ, 2003, p. 557.

impreciso (perigo abstrato) ao ponto de constar em si ação de perigo genérico, baseada em dados empíricos e probabilidades sociais, com toda carga problemática dos tipos antecipatórios da tutela penal, e nem seria tão exato (perigo concreto) ao ponto de antever a maneira de perigo a ser extraída da ação e que colocaria em estado de crise o bem jurídico protegido.[105] Haveria, em verdade, uma abertura interpretativa ao julgador que analisaria, diante do devido processo penal completo[106], a existência de perigo apto a causar lesão ao bem jurídico tutelado[107]. Essa interface entre legislador e juiz, instrumentalizada pela cláusula de propensão e rejeitando fórmulas absolutas, seria a técnica de tipificação constitucionalmente mais adequada, apresentando-se como ponto de equilíbrio[108] para lidar com os riscos da atualidade[109].

105. Dias (2009, p. 480-481), resumindo esse conceito intermediário dos tipos de perigo, expõe didaticamente que: "[...] o tipo legal renuncia à forma concreta que o perigo pode revestir, ao mesmo tempo em que exige ao intérprete e ao aplicador da lei a comprovação no caso concreto de uma aptidão genérica da acção para atingir aqueles bens jurídicos".

106. A nossa ideia de devido processo penal completo implica em respeito integral aos preceitos constitucionais.

107. Torio Lopez (1981, p. 846), discorrendo sobre os delitos de perigo hipotético – que seria a versão espanhola do perigo abstrato-concreto –, coloca que "[...] el delito requiere una acción que por sus propiedades materiales sea susceptible de ser considerada según un juicio de pronóstico como peligrosa para el objeto de protección, el juez debe además verificar si en la situación concreta ha sido posible un contacto entre acción y bien jurídico, en cuya virtud hubiera podido producirse un peligro efectivo para éste. Ha de plantear, pues, la hipótesis de si la acción comprobadamente peligrosa hubiera podido determinar un resultado peligroso. En los delitos de peligro hipotético es preciso acreditar la peligrosidad de la acción (desvalor real de acción) y la posibilidad del resultado peligroso (desvalor potencial de resultado) como exigencias del tipo".

108. Mendoza Buergo (2002, p. 68) menciona a necessidade de equilíbrio entre a proteção de bens jurídicos e o respeito aos direitos e garantias fundamentais que limitam a intervenção punitiva como pauta irrenunciável de um modelo penal garantista típico de um verdadeiro Estado Constitucional de Direito.

109. Dias (2009, p. 481) contesta o *tertium genus* criado por Schröder, aduzindo que, de certa maneira, haveria uma "repartição de tarefas entre o legislador e o juiz", em que o perigo abstrato seria decisão exclusiva do legislador, ao passo que o perigo concreto e abstrato concreto caberia exclusivamente ao juiz. Dias segue rebatendo que só o legislador pode sinalizar no tipo qual a modalidade de perigo possível de reconhecimento judicial, sob pena de agressão ao princípio da separação de poderes. Todavia, o próprio autor parece concordar com a ideia pela qual deve existir um risco concreto mínimo de lesão para perfeição de qualquer dos tipos de perigo, sendo que a diferença entre os tipos residiria na carga de juízo a ser feita: juízo negativo do perigo (no perigo abstrato), por meio de uma "comprovação negativa de impossibilidade geral de lesão no caso concreto" e, por sua vez, juízo positivo do perigo (no perigo concreto e abstrato-concreto), quando o julgador deve "comprovar positivamente" a existência de grande probabilidade de lesão. E, ainda, arremata: "A impossibilidade concreta de alguém ser posto em perigo funciona como causa de exclusão da tipicidade do comportamento". Contudo, se o legislador não estabelece nos tipos de perigo abstrato quais seriam as hipóteses de "impossibilidade geral de lesão no caso concreto", é sim tarefa do juiz identificá-las, consistindo justamente aí a "repartição de tarefas

Embora a doutrina entenda que os delitos de aptidão, em seu aspecto formal, trazem em si certas palavras ou expressões no tipo legal tais como "aptidão", "apto", "idôneo a criar perigo", "suscetível de criar perigo" etc., as quais conduziriam ao reconhecimento da cláusula de propensão[110], abrindo as portas para adoção de um plano de materialização do perigo abstrato nessas hipóteses, o *leitmotiv* de nossa pesquisa sinaliza para a existência de uma tendência jurisprudencial já caminhando mais além. Se o legislador vem tentando impor padrões absolutos pela via impositiva dos delitos de perigo abstrato puro[111], corroendo vigas-mestras dos direitos e garantias fundamentais tão caras ao moderno direito constitucional, incluindo aqui o controle exagerado do espaço de decisão dos juízes, uma boa parcela desses mesmos juízes tem suavizado esse controle, ao rejeitar fórmulas absolutas, escorada em critérios interpretativos e na força normativa das novas constituições. E, ao que parece, os juízes vêm adotando a perspectiva da materialização dos crimes de perigo abstrato até mesmo quando não há indicação do legislador nesse sentido, conforme veremos empiricamente a seguir.

A atuação jurisprudencial tem conduzido o estudo do perigo para um novo patamar.

5. O juiz, o antiformalismo e a materialização do perigo abstrato: uma possibilidade?

A perspectiva da materialização dos crimes de perigo abstrato pela atividade jurisdicional traz consigo a sombra inseparável de dois permanentes questionamentos, quais

entre o legislador e o juiz" então questionada por Dias à luz do princípio da separação de poderes. Amparado no respeito acadêmico, ousamos discordar de tal pensamento. Isso porque o princípio da separação de poderes tende a ser encarado modernamente pelo prisma da cooperação. É o que preconiza Ramos (2013, p. 92) quando cuida do fenômeno da "mutação constitucional" e acena que isso decorre de uma necessidade atual "[...] de abarcar a multifuncionalidade e complexidade do Estado Contemporâneo". Canotilho (2003, p. 558-559) também destaca que os poderes têm funções prevalentes, admitindo exceções "quando não for sacrificado o seu núcleo essencial", exemplificando com os arts. 136, 140 e 198, todos da Constituição portuguesa. Portanto, quando o juiz reduz o âmbito de incidência dos crimes de perigo abstrato, pela via da cláusula de propensão, exigindo mais do que o perigo abstrato puro, pratica legitima forma de contenção de poder, na forma preconizada por Montesquieu (1995, p. 112, tradução nossa): "Para que não se possa abusar do poder, é preciso que, pela disposição das coisas, o poder detenha o poder".

110. Mendes (2000, p. 121); Dias (2009, p. 482) e Moniz (2003, p. 558), ao acenar que a exigência de aptidão deve ser "descrita ao nível do próprio tipo de ilícito objetivo".

111. Essa denominação é colhida junto a Mendoza Buergo (2002, p. 71), a qual ainda acrescenta que existe um crescente, embora minoritário, segmento doutrinária na Espanha (*vide* Silva, Rodríguez Montañés e Morales Prats) e na Alemanha (*vide* Frisch, Zieschang e Hirsch) propondo a eliminação ou então a conversão dos delitos de perigo abstrato puro em delitos de perigosidade concreta, com a análise do comportamento *ex ante* do autor e das concreta das circunstâncias do caso.

sejam: i) se seria legítima tal modalidade de intervenção judicial?; ou ii) se a expansão penal teria, em verdade, empurrado a teoria do crime para um novo paradigma punitivo, com reais necessidades de relativizar garantias fundamentais? Passamos doravante às respostas, mesclando-as, mais intensamente agora, com casos reais. Antes, porém, deixamos consignado que a função precípua imediata do viés materializador é evitar que condutas típicas ensejem decretos condenatórios em hipóteses nas quais concretamente não há qualquer possibilidade de lesão ao bem jurídico tutelado, evitando a injustiça de impor uma pena sem a mínima aptidão de dano, apenas com supedâneo em desobediência legislativa ou probabilidades estatísticas, cabíveis apenas no âmbito civil-administrativo[112]. Relembrando que nosso recorte de pesquisa incidirá sobre: i) a administrativização do Direito Penal (gestão de riscos e delitos cumulativos); ii) os delitos de posse e; iii) os atos preparatórios.

Reafirmamos então nossa premissa pela qual que os crimes de perigo abstrato puros violam preceitos de natureza constitucional e impedem a concretização do devido processo legal completo, comprimindo os princípios constitucionais da presunção de inocência, ônus da prova e ofensividade. Isso porque, ao criminalizar condutas com esteio em juízos de probabilidade estatísticas ou buscando a estandardização a qualquer preço de modos comportamentais, o legislador termina por criar delitos redigidos de tal maneira que a simples adequação formal da conduta ao tipo implica uma "presunção inilidível de perigo"[113], sem que o órgão acusador tenha o ônus de demonstrar em que momento da conduta houve ao menos possibilidade de lesão ao bem jurídico protegido, criando-se, por conseguinte, uma presunção de culpa pautada na mera desobediência legislativa, sem referencialidade ao bem tutelado. É sob tal aspecto que se mostra vital a intervenção independente dos juízes, evitando condenações calçadas em simples subsunções formais e indefensáveis[114].

---

112. Mendoza Buergo (2002, p. 66) vê a proposta de materialização como "[...] critério que puede exigirse interpretativamente de todo delito de peligro abstracto para eliminar la punición de supuestos carentesya de peligrosidade em una consideración ex ante". Moniz (2003, p. 557), tratando sobre os delitos de aptidão e sem usar o termo "materialização", parece seguir o mesmo norte quando menciona que "[...] poderá haver situações em que, apesar de em abstrato a conduta se afigurar perigosa, a conduta em concreto não foi apta, idónea, a produzir qualquer perigo".

113. DIAS, 2009, p. 482.

114. Em interessante decisão, a Corte Constitucional Francesa assentou a inadmissibilidade de presunções absolutas em direito penal em um caso que envolvia uma contravenção por excesso de velocidade e aplicação de multa. Com efeito, por meio da *Décision 99-411*, proferida em 16 junho de 1999, a referida corte entendeu que não poderia ser estabelecida uma presunção absoluta em desfavor do proprietário do veículo (titular do registro), o qual teve assegurado o seu direito defesa em demonstrar a prática do ilícito por terceira pessoa, embora utilizando seu automóvel. Em trecho importante da decisão, ficou sedimentado que: "[...] qu'il en résulte qu'en principe le législateur ne saurait instituer de présomption de culpabilité en matière répressive ; que, toutefois, à titre exceptionnel, de telles présomptions peuvent être établies, notamment en matière contraventionnelle, dès lors qu'elles ne revêtent pas de caractère irréfragable, qu'est assuré le

Disso resulta que deve ser rechaçada qualquer intenção de controle absoluto dos juízes. Embora seja desejo de alta longevidade, a história tem demonstrado ao longo dos séculos que o aprisionamento do poder de decisão é uma quimera[115]. O mais inteligente, pensamos, ao invés de declaração imediata de inconstitucionalidade ou fechar os olhos ao problema, seria buscar a legitimação de tipos penais abstratos, dotando-os de mínima fluidez para construção da decisão judicial. Nessa empreitada, os delitos de perigo abstrato teriam a função de moldura típica inicial, ficando sua realização sempre pendente de demonstração de aptidão da conduta em concreto para lesionar o bem protegido. Haveria, por certo, uma redução da tipicidade formal, de modo a ativar o exercício e o respeito aos princípios constitucionais já listados aqui. Por mais incrível que pareça, estamos falando do antiformalismo, em mínima medida, como instrumento de garantia[116],

respect des droits de la défense et que les faits induisent raisonnablement la vraisemblance de l'imputabilité". Admitiu-se, assim, a presunção de culpa, a título excepcional, em matéria de contravenção e com possibilidade de refutabilidade da acusação. A decisão buscou suporte no princípio da presunção de inocência contido no art. 6 da Convenção Europeia dos Direitos do Homem e art. 9 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão.

115. Tentativas marcantes de controle judicial podem ser vistas na Grécia Antiga com Aristóteles (2013, p. 40-41), quando já admoestava que seria: "[...] portanto, sumamente conveniente que leis bem elaboradas definam por si sós, na medida do possível, todos os casos, deixando o mínimo possível para a decisão dos juízes. [...] No geral, como dissemos, é necessário deixar para a decisão do juiz o mínimo possível". Em outra passagem notória de passado não muito tardio, agora no século XVIII, Montesquieu (1995, p. 116), ao elaborar conceitos de elementos políticos e teorizar sobre o exercício da autoridade, concluiu: "Mais les juges de la nation ne sont, comme nous avons dit, que la bouche qui prononce les paroles de la loi; des êtres inanimés qui n'en peuvent modérer ni la force ni la rigueur". O controle dos juízes também foi exercido pela força e ideologias dos regimes totalitários do século XX. Zaffaroni (2019, p. 78-92) recorda que era manifesta a submissão dos juízes ao regime nazista. O autor sublinha que "[...] ao nazismo resultava necessário desprender-se da ideia de independência judicial, do princípio da legalidade e do chamado juiz natural, porque, em suma, o Führer era o único juiz natural. Enfim, municiado por argumentos históricos, estamos convictos de que o novo regime de atuação judicial, erigido pós Segunda Guerra Mundial, calcado na independência e em outras garantias inerentes ao poder jurisdicional, é mais condizente com os regimes democráticos que têm como farol a concretização dos direitos e garantias fundamentais do indivíduo. Os juízes, portanto, não podem ser simplesmente "a boca que pronuncia as palavras da lei", sob pena de consagrar a figura que denominamos em momento anterior dessa pesquisa de "legislador absoluto", com lembranças sombrias já atestadas por minorias.

116. Não se trata aqui de usar a fluidez dos tipos penais para ampliar o raio de incriminação, contribuindo para o quadro de expansão penal, tal qual aconteceu na Decisão 2004-492 do Conselho Constitucional francês, prolatada em 02.03.2004, quando assinalou: "[…] que la jurisprudence dégagée par les juridictions pénales a apporté les précisions complémentaires utiles pour caractériser la circonstance aggravante de bande organisée, laquelle suppose la préméditation des infractions et une organisation structurée de leurs auteurs [...]". Muito menos alargar a interpretação de um tipo penal para dessa interpretação extrair um tipo penal novo, como de forma surpreendente fez o STF brasileiro no julgamento conjunto da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão

uma vez que seria exercido como rota de redução do alcance penal[117]. É o que já vem ocorrendo na prática, conforme exemplificaremos a seguir.

O primeiro caso pode ser enquadrado na categoria da administrativização do Direito Penal, envolvendo a gestão de riscos ao consumidor. Trata-se de um comerciante italiano que expôs bacalhau à venda de forma em tese inapropriada, uma vez que a temperatura do ambiente excedeu em dois graus os níveis recomendados por normativa da administração. Flagrado por ente fiscalizador, foi alvo de processo criminal que chegou a mais alta instância jurisdicional do país. Em sentença recente, prolatada em 27 de outubro de 2018, a Corte Suprema italiana rejeitou o perigo abstrato puro, concluindo que a simples diferença de dois graus na conservação do produto, desatendendo aos padrões de segurança antevistos administrativamente em ato normativo, mas sem demonstração de aptidão para ocasionar danos concretos aos bens tutelados, não poderia implica em crime. Os juízes utilizaram a cláusula de propensão, embora o *artt. 5 lett. b) e artt. 6, terzo comma L. 283/162*, não sinalizasse essa possibilidade[118].

O segundo caso cuida de um delito ambiental (*rectius*, dano cumulativo) ocorrido no Brasil e previsto no artigo 34 da Lei 9.605/1998, consistindo em pescar em local proibido, em violação de mandamentos administrativos. O processo chegou ao STF em razão do acusado exercer o cargo de Deputado Federal no momento dos fatos. A Suprema Corte fundamentou sua decisão entendendo que a conduta não portava em si o requisito da justa causa para a abertura da ação penal, com início do processo criminal, notadamente por ausência de ofensividade da ação do agente, pelo pequeno grau de reprovabilidade do comportamento e pela inexpressividade da lesão jurídica provocada. O curioso é que a própria Corte reconheceu que o crime então *sub judice* se tratava de crime de perigo abstrato e que, mesmo assim, seria imperativo verificar *in concreto* a existência de perigo concreto ou potencial ao bem jurídico protegido. Mais um exemplo, é o que nos parece,

26 e do Mandado de Injunção 4733, ambos julgados no dia 13.06.2019, quando a maioria dos Ministros reconheceu a mora legislativa e criminalizou a homofobia.

117. Cappelletti (1999, p. 32, os grifos são originais) trabalha essa vertente, criticando o mecanicismo das decisões judiciais. Segundo o autor: "Em todas as suas expressões, o formalismo tendia a acentuar o elemento da *lógica* pura e mecânica no processo jurisdicional, ignorando ou encobrindo, ao contrário, o elemento voluntarístico, discricional, da *escolha*".

118. Conferir: *Penale Sent. Sez. 3 Num. 348 Anno 2019, Presidente: Ramacci Lucca, Relatore: Galterio Donatella, Data Udienza: 27/11/2018*. O trecho final ficou assim: "Conclusivamente perciò nella fattispecie in esame, in difetto di un accertamento sul fatto che le modalità di conservazione fossero in concreto idonee a determinare un pericolo, deve escludersi che la modalità di conservazione utilizzata, concretizzatasi nel discostamento di 2° dalla temperatura indicata sull'etichetta del prodotto non garantisse il mantenimento delle proprietà o delle caratteristiche organolettiche dell'alimento, com conseguente insussistenza dell'eccepita violazione di legge".

de utilização da cláusula de propensão *ex officio* pelos juízes, transformando, pela via interpretativa e pela fluidez do tipo, o perigo abstrato em perigo concreto[119].

O terceiro caso envolve os crimes de tráfico, cultivo e aquisição ou detenção para o consumo de substâncias ilícitas. Em verdade, consistirá numa análise comparada dos crimes ora citados, envolvendo a jurisprudência portuguesa e italiana. O intuito é demonstrar que a submissão irrestrita ao texto da lei, quando se prima mais pela forma do que pela própria realidade, pode ensejar injustiças (Portugal), ao passo em que a abertura dos tipos penais, possibilitando a atuação interpretativa dos juízes, pode conduzir a um caminho desejado de maior equidade (Itália). No caso português, a síntese dos acórdãos demonstra completa vinculação dos juízes ao texto da lei, com inversão de princípios constitucionais e desprezo da realidade fática. Do lado italiano, a letra da lei é um norte obrigatório a ser seguido, mas o tipo é complementado por minuciosa análise judicial dos fatos, dentro de uma legitima abertura interpretativa que proporciona um casamento sadio entre norma e realidade.

Em Portugal, a questão de fundo discutida no Acórdão 295/2003, proferido pelo Tribunal Constitucional, e no Acórdão 8/2008, proferido pelo Supremo Tribunal de Justiça, ambos agora em exame, era se a detenção ou a aquisição de produto estupefacientes para consumo próprio, acima da quantidade permitida para o consumo médio individual durante 10 dias, seria constitucional e crime, respectivamente. A primeira decisão é bem marcante. Isso porque o juiz de primeiro grau considerou que o arguido era realmente usuário, embora a quantidade possuída fosse superior à quantidade necessária para o consumo médio individual pelo período de 10 dias. Na sequência, em julgamento na Corte, a declaração de voto da Conselheira Maria Fernanda Palma (voto vencido) reconheceu expressamente que "[...] no caso concreto, foi provado que as doses se destinavam ao consumo [...]" e que a melhor interpretação do tipo deveria permitir a contraprova, sob pena de restar caracterizada "presunção inilidível de tráfico". Contudo, por maioria, a Corte Constitucional afirmou ser inquestionável a ampla margem de liberdade conferida ao legislador na tipificação de condutas.

Em tom semelhante ao entendimento firmado pela Corte Constitucional, o Acórdão 8/2008 modificou sentença originária, no bojo da qual o juiz monocrático considerou que a quantidade superior à necessária para o consumo médio individual durante o período de 10 dias teria uma "função meramente indicativa ou orientadora" e a figura do tráfico deveria ser analisada concretamente. Para o Supremo Tribunal de Justiça, não se estaria diante de uma criminalização do consumo, pois o objetivo do legislador reside,

119. Conferir: Inq 3788, rel. Min. Cármen Lúcia, 2ª T., j. 01.03.2016, Acórdão Eletrônico *DJe* 14.06.2016. Da decisão, vale destacar o seguinte: "No processo em exame, houve a impossibilidade de produzir-se prova material de qualquer dano efetivo ao meio ambiente, sendo a conduta do Acusado enquadrada no art. 34 da Lei n. 9.605/1998. Mesmo diante de crime de perigo abstrato, não é possível dispensar a verificação *in concreto* do perigo real ou mesmo potencial da conduta praticada pelo acusado com relação ao bem jurídico tutelado. Esse perigo real não se verifica na espécie vertente".

em verdade, em impedir o risco abstrato de que substâncias ilícitas cultivadas e armazenadas em quantidades excessivas sejam dispensadas a terceiros, tornando o consumidor inicial em traficante. O Tribunal sublinhou, ainda, a legitimidade do critério puramente quantitativo para tipificação envolvendo perigo abstrato, visando impedir que outras pessoas tenham acesso às drogas de usuários. Portanto, os dois acórdãos deixam transparecer que ambos os tribunais ignoram se a prova dos autos demonstra que o indivíduo é realmente usuário, conferindo valor absoluto ao padrão quantitativo do texto da lei[120].

D'outra banda, nossa pesquisa constatou que os juízes da Suprema Corte de Cassação italiana seguem uma linha bem clara e uniforme em esgotar a análise fática de cada caso concreto, de modo a oferecer uma fundamentação adequada sobre o porquê rejeitam o cultivo ou a detenção da droga em alguns processos e acolhem o tráfico noutros casos. A quantidade da droga é apenas mais um elemento a ser aferido. Outros elementos são valorados dentro do contexto de cada flagrante para identificar se o cultivo ou detenção é para consumo próprio ou para o comércio ilegal, tais como: i) as instalações utilizadas para o cultivo e seu grau de sofisticação (quantidade de lâmpadas apropriadas, ionizadores e desumidificadores); ii) material de estudo sobre o tempo de maturação da droga; iii) balança digital, a qual indica necessidade de verificação exata do peso de quantidades mínimas; iv) material para embalar a droga (sacos plásticos transparentes, por exemplo); v) ausência de atividade econômica lícita pelo réu; vi) manuscritos suspeitos de contabilidade indicando renda com origem desconhecida. Além disso, os juízes verificam a ofensividade da conduta ante o bem jurídico tutelado. Portanto, a mera subsunção da conduta ao tipo não implica em presunção absoluta de culpa[121].

O quarto caso cuidará dos atos preparatórios e sua criminalização na Itália e na França, envolvendo especificamente tipos voltados ao combate ao terrorismo. Na Itália,

120. Nesse acórdão, concordamos com o voto vencido do Conselheiro Eduardo Maia Costa, que parece seguir a perspectiva da materialização dos crimes de perigo abstrato. Naquela oportunidade, sua Excelência expôs que: "[...] o legislador traça um critério, meramente indicativo ou indiciário [...] critério que cede perante a prova de que uma quantidade superior se destina inteiramente ao consumo pessoal". O magistrado segue em tom crítico afirmado que a posição majoritária estaria criando um novo tipo penal que chama de "aquisição e detenção de drogas ilícitas, para consumo próprio, de quantidades excessivas". Por fim, conclui que "[...] a proteção do perigo recua aqui a uma fase remota, em que o bem jurídico identificável (saúde pública) só de forma aleatória, incerta ou atípica pode correr perigo [...]".

121. Conferir, reconhecendo o tráfico*: Penale Sent. Sez. 4 Num. 57703 Anno 2018, Presidente: Izzo Fauto, Relatore: Picardi Francesca, Data Udienza: 19/09/2018*, com extremo detalhamento dos fatos e reconhecendo o tráfico com a descoberta de 40 plantas cultivadas de substância ilícita conhecida popularmente como "marijuana". Por sua vez, rejeitando o tráfico: *Penale Sent. Sez. 2 Num. 15191 Anno 2014, Presidente: Gallo Domenico, Relatore: Cervadoro Mirella, Data Udienza: 13/12/2013*, ao argumento de que 15 plantas de "marijuana", ainda mais quando destinadas ao consumo pessoal, não são seriam capazes de demonstrar "[...] l'offensività della condotta, né l'idoneità della stessa a porre in pericolo il bene giuridico protetto [...]".

recente legislação criminaliza o alistamento com a finalidade de terrorismo[122]. A jurisprudência italiana, entretanto, não aceita a letra crua da lei. O simples fato de praticar o verbo do tipo abstratamente não tem sido suficiente para perfazer o delito. Os juízes têm feito uma análise mais criteriosa, chegando ao ponto de complementar o tipo com a exigência de um elemento essencial que denominam de "sério acordo", que seria um compromisso formando por um conjunto de outras ações. Para concretização do tipo é necessário então que as provas do processo demonstrem que: i) o proponente apresente uma forma organizada da prática dos atos; ii) exista autoridade da proposta, com concreta possibilidade de inserção do indivíduo na célula criminosa e firmeza na vontade de aderir ao projeto terrorista, e, por fim, iii) a plenitude do elemento psicológico[123]. Aos nossos olhos, trata-se de evidente conversão de um crime de perigo abstrato em crime de perigo concreto por atividade judicial, algo que vem ocorrendo amiúde.

Por sua vez, mais acertadas, em hipóteses semelhantes, foram as duas decisões prolatadas pela Corte Constitucional francesa, merecendo especial atenção. Em 10 de fevereiro de 2017, no bojo da *question prioritaire de constitutionnalité* (QPC) 2016-611, a Corte Constitucional francesa declarou a inconstitucionalidade do art. 421-2-5-2[124] do Código Penal francês. Os juízes decidiram com amparo nos seguintes argumentos: i) o

122. Art. 270-quater. (Arruolamento con finalità di terrorismo anche internazionale). – Chiunque, al di fuori dei casi di cui all'articolo 270-bis, arruola una o più persone per il compimento di atti di violenza con finalità di terrorismo, anche se rivolti contro uno Stato estero, un'istituzione o un organismo internazionale, è punito con la reclusione da sette a quindici anni.

123. Conferir: *Penale Sent. Sez. 1 Num. 40699 Anno 2015, Relatore: Magi Raffaello, Data Udienza: 09/09/2015*: "In tal senso, pur non potendosi certo equiparare il termine 'arruolamento', scelto dal legislatore, al diverso e più ampio concetto di 'reclutamento', è necessario affermare che il significato è qui equiparabile alla nozione di ingaggio, intesa come raggiungimento di un 'serio accordo' tra soggetto che propone (il compimento, in forma organizzata, di più atti di violenza ovvero di sabotaggio con finalità di terrorismo) e soggetto che aderisce. […] Ciò che rileva, a parere del collegio, è che l'accordo di arruolamento abbia non solo il carattere della serietà – intesa da un lato come autorevolezza della proposta (il proponente deve avere la concreta possibilità di inserire l'aspirante nella struttura operativa una volta concluso l'ingaggio) e dall'altro come fermezza della volontà di adesione al progetto - ma soprattutto sia caratterizzato in modo evidente dalla doppia finalizzazione prevista dalla norma (con relativa pienezza dell'elemento psicologico) il che giustifica la sua incriminazione […]". No mesmo sentido: *Penale Sent. Sez. 2 Num. 23168 Anno 2019, Relatore: Recchione Sandra, Data Udienza: 14/03/2019*.

124. Primeira redação do artigo: Le fait de consulter habituellement un service de communication au public en ligne mettant à disposition des messages, images ou représentations soit provoquant directement à la commission d'actes de terrorisme, soit faisant l'apologie de ces actes lorsque, à cette fin, ce service comporte des images ou représentations montrant la commission de tels actes consistant en des atteintes volontaires à la vie est puni de deux ans d'emprisonnement et de 30 000 d'amende. Le présent article n'est pas applicable lorsque la consultation est effectuée de bonne foi, résulte de l'exercice normal d'une profession ayant pour objet d'informer le public, intervient dans le cadre de recherches scientifiques ou est réalisée afin de servir de preuve en justice.

tipo então *sub judice* era desnecessário, eis que versava sobre matéria já tratada em outros dispositivos, notadamente nos subtipos do art. 421-2 do Código Penal; ii) as autoridades administrativas e os próprios magistrados já dispunham de um aparato suficiente para prevenção de práticas terroristas, inclusive com a possibilidade de controlar serviços de comunicação e vigiar pessoas suspeitas; e, por último, iii) criticando a redação do tipo, os juízes entenderam ser inadequado o uso do termo "bonne foi" e constataram que o simples fato de consultar repetidamente sites sobre terrorismo sem demonstração "d'une manifestation de l'adhésion à l'idéologie exprimée sur ces services"[125] não pode ser motivo para criminalização.

Atento ao quanto decidido na QPC 2016-611, o Parlamento francês promoveu a restauração do artigo com as modificações extraídas da referenciada decisão. Duas mudanças substanciais foram realizadas: i) o termo "bonne foi" foi substituído pela expressão "sans motife légitime", colocado já na primeira parte da nova redação do artigo[126]; e, ainda, ii) o legislador incluiu *ipsis litteris* o trecho da decisão judicial que exigia a necessidade de que as consultas aos sites "s'accompagne d'une manifestation de l'adhésion à l'idéologie exprimée sur ce service". Contudo, apesar das modificações ao dispositivo, também foi declarado inconstitucional na QPC 2017-682, julgada em 15 de dezembro de 2017. A Corte Constitucional francesa reiterou os mesmos argumentos da primeira decisão, acrescentando que as modificações não seriam capazes, mesmo se comprovadas, de estabelecer uma vontade de cometer atos de terrorismo. O dispositivo, para os juízes, continuava recheado de incertezas, era desnecessário e desproporcional, constituindo-se numa violação ao exercício da liberdade de comunicação.

Portanto, na esteira da formação de um entendimento jurisprudencial com perspectiva materializadora, que não tem aceitado os crimes de perigo abstrato em sua forma pura, vislumbramos a formação de uma tendência jurisprudencial que parece sinalizar não mais haver utilidade prática em distinguir os crimes de perigo, uma vez que a legitimação de qualquer crime de perigo passaria pela obrigatoriedade de analisar em concreto a existência de, no mínimo, perigo em potencial para agredir o bem jurídico tutelado. Não estamos pregando a inconstitucionalidade de todos os crimes de perigo abstrato.

125. Trecho contido no §14 da referida decisão.

126. Segunda redação: Le fait de consulter habituellement et sans motif légitime un service de communication au public en ligne mettant à disposition des messages, images ou représentations soit provoquant directement à la commission d'actes de terrorisme, soit faisant l'apologie de ces actes lorsque, à cette fin, ce service comporte des images ou représentations montrant la commission de tels actes consistant en des atteintes volontaires à la vie est puni de deux ans d'emprisonnement et de 30 000 d'amende lorsque cette consultation s'accompagne d'une manifestation de l'adhésion à l'idéologie exprimée sur ce service. Constitue notamment un motif légitime tel que défini au premier alinéa la consultation résultant de l'exercice normal d'une profession ayant pour objet d'informer le public, intervenant dans le cadre de recherches scientifiques ou réalisée afin de servir de preuve en justice ou le fait que cette consultation s'accompagne d'un signalement des contenus de ce service aux autorités publiques compétentes.

Absolutamente, não é esse nosso propósito. Os crimes de perigo abstrato teriam vida enquanto moldura típica, resultante da regular atividade legislativa, embora devessem portar uma redação que não ensejasse qualquer presunção absoluta e, por conseguinte, inelidível do perigo[127], com repercussões diretas sobre o ônus da prova e sobre a presunção de inocência, sob pena de inconstitucionalidade. Em outras palavras: os tipos de perigo abstrato devem servir de parâmetro na verificação do risco concreto ao bem jurídico protegido[128], sem necessidade de declaração de inconstitucionalidade, desde que não veiculem presunções absolutas de culpa.

Por certo, vivemos um momento em que a necessidade de construir padrões (*rectius*, controle), regida pelos ditames de uma ordem econômica pautada no consumismo, que procura a segurança em grande medida nos crimes de perigo abstrato, vem encontrando obstáculos numa dogmática que procura legitimar-se à luz dos textos constitucionais gestados num novo ambiente jurídico resultante da Segunda Grande Guerra, marcado pela normatividade dos princípios constitucionais e pela evidente ascensão do Poder Judiciário como principal intérprete e guardião da força normativa da Constituição[129]. Nesse contexto, não há espaço para que os crimes de perigo abstrato continuem como a mesma roupagem. Precisam ser reinventados, redefinidos ou mesmo rejeitados em sua forma pura[130]. A dogmática moderna deve ter a sensibilidade de entender e absorver o

127. Dias (2012, p. 309) atesta a presunção inelidível e diz que o perigo é presumido *iuris et iure* pela lei.

128. Dias (2012, p. 327-332, os grifos são originais) apresenta a teoria da adequação como um caminho interessante para fincar parâmetros na identificação do risco penalmente relevante. O autor deixa claro que a referida teoria seria *ab initio* insuficiente para regular situações de risco legalmente permitidas (*v.g.* dirigir veículos, transportar produtos perigosos, intervenções médicas arriscadas etc.), motivo por que precisaria da demonstração de uma "conexão de risco" para ter incidência, limitando "[...] a imputação do resultado àquelas condutas das quais deriva um perigo idóneo de produção de resultado". Enfatizando a conexão do risco e a teoria da adequação, o autor indica parâmetros cumulativos de imputação: "[...] primeiro, que o agente, com sua acção, tenha *criado* um risco não permitido ou tenha *aumentado* um risco já existente; e, depois, que *esse* risco *tenha conduzido* à produção de resultado concreto. Quando não se verifique uma destas condições a imputação deve ter-se por excluída". Imaginemos o exemplo do motorista que dirige após de ingerir bebida alcoólica além do permitido por lei. Não há dúvida de que criou um risco não permitido, perfazendo o primeiro requisito da imputação, mas o resultado concreto (possibilidade concreta de lesão ao bem jurídico) deve ser aferido caso a caso. Em outras palavras, a "conexão de risco" deve ser aferida pelo juiz e não pelo padrão imposto por lei, que seria apenas parte da primeira etapa de imputação penal. No exemplo, o resultado concreto poderia ser identificado pela violação de parâmetros objetivos de segurança: alta velocidade, direção oscilante, desobediência aos sinais de trânsito, excesso de carga etc. – tudo aferível pelo juiz do caso concreto.

129. Emerique (2007, p. 371) vê o Poder Judiciário como "elemento racionalizador do sistema jurídico".

130. Feyerabend (2007, p. 37-38) chega a afirmar que, em alguns momentos, é preciso abandonar alguns conceitos e destruir outros para evolução da ciência. Na esfera econômica, por exemplo, Acemoglu e Robinson (2012, p. 80-81) usam o termo "destruição criativa" para fundamentar sua teoria do desenvolvimento das nações.

voto de confiança conferido pelo poder constituinte originário ao Poder Judiciário dos países ocidentais[131], aceitando uma realidade já existente em que a jurisdição vem funcionando como nítido instrumento de garantia e aperfeiçoamento legislativo em matéria de perigo em Direito Penal.

Certamente, pode transparecer o medo de uma improvável "tirania dos juízes", impulsionada pela abertura de espaços interpretativos em tipos penais punitivos[132]. Quanto a isso, são vários os argumentos contrários, valendo pontuar que: i) a atuação judicial aqui proposta é unidirecional e caminha sob a vertente minimalista, jamais para ampliar o alcance penal do tipo incriminador[133]; ii) quando o legislador cria delitos que inviabilizam a concretização de princípios constitucionais, impossibilitando o devido processo legal, ao arrepio do sistema jurídico anteriormente estabelecido, é ele próprio o "tirano"; iii) o engrandecimento do Poder Judiciário foi somente no aspecto da supremacia normativa, pois continua sendo inferior em outras áreas quando comparado aos demais poderes[134]; e, por fim, iv) se em épocas passadas os juízes eram instrumentos de manutenção do *status quo*[135], as atuais Constituições dotaram o Poder Judiciário de garantias, justamente para exercerem a jurisdição de maneira independente[136], focando nos direitos e garantias fundamentais.

---

131. O funcionalismo roxianiano parece ter percebido a importância dos juízes na construção da política criminal.

132. Zaffaroni (2019, p. 88-92) lembra das atrocidades praticadas pelo "Tribunal do Povo" (*Volksgericht*) durante o regime nazista, em que a abertura dos tipos penais era intensa e proposital de modo a garantir a amplitude das interpretações. Como exemplo, o autor cita o "delito de desmoralização", que serviu de base para imposição de pena de morte para inúmeros condenados. Contudo, é preciso sublinhar a existência de um regime de exceção e a ausência de garantias aos juízes.

133. Barbosa (2015, p. 61-66) diz que o poder complementar dos juízes deve sempre comprimir o alcance do tipo.

134. Hamilton (2003, p. 464, tradução nossa), desde longa data, no contexto de formação do constitucionalismo americano, cravou que: "[...] o Judiciário é sem dúvida o mais fraco dos três poderes; nunca poderá enfrentar com sucesso os outros dois; e deve tomar todo cuidado possível para defender-se dos ataques daqueles".

135. Deveras, já não podemos mais aceitar *in totum* a denúncia formulada outrora por Bourdieu (2012, p. 242), referente às disparidades de formação entre o povo e os juízes, noticiando que estes últimos exerceriam a jurisdição com "[...] poucas probabilidades de desfavorecer os dominantes, de tal modo [que] o *etos* dos agentes jurídicos que está na sua origem e a lógica imanente dos textos jurídicos que são invocados tanto para justificar como para os inspirar estão adequados aos interesses, aos valores e à visão do mundo dos dominantes". São vários os exemplos de atuação judicial pautada na concretização da igualdade. Por todos, permitimo-nos lembrar do caso *Brown v. Board of Education* (1954), quando a Suprema Corte norte-americana permitiu que crianças brancas e negra frequentassem a mesma escola, quebrando a doutrina dos "iguais, mas separados". Sem dúvida, vivemos um novo tempo graças, em boa parte, ao sistema constitucional de garantias dos juízes, possibilitando o exercício da jurisdição independente e imparcial.

136. Posner (2007, p. 176), sobre esse aspecto, assinala que: "Os juízes não estão tão sujeitos a pressões de grupos de interesses e ao sentimento popular quanto os legisladores, e, em áreas específicas,

O estágio evolutivo e civilizatório alcançado pela humanidade decorreu substancialmente do aperfeiçoamento do direito guiado pelas luzes da razão. Nessa empreitada inconclusa, o papel exercido pelos juízes também tem evoluído de mãos dadas com o direito. E a história já nos deu exemplos em que a atividade judicial foi imprescindível para continuidade da evolução da dogmática penal (*rectius*, direito)[137]. Talvez, agora, diante de um longo período de insucesso doutrinário em apresentar significativa evolução sobre como legitimar os crimes de perigo abstrato e em precisar o conceito, hoje lacunoso, de perigo, mais uma vez estejamos precisando do auxílio empírico dos juízes para pavimentar o caminho que unirá a dogmática penal aos textos constitucionais de forma hígida, notadamente por meio da construção de uma teoria da argumentação jurídica pautada nos precedentes jurisprudenciais[138]. Enfim, o que não podemos mais aceitar é a figura do juiz controlado e inerte diante de situações nas quais, apesar de abstratamente perigosa, a conduta em concreto não possui aptidão para produzir qualquer perigo portador de dignidade penal.

essas forças podem constranger os legisladores mais fortemente do que os juízes são constrangidos pelas limitações do processo judicial". Outrossim, Cappelletti (1999, p. 89) aduz que: "Parece lícito arguir que nessas áreas os juízes seriam menos vulneráveis tanto às pressões da genérica demagogia eleitoral de caça aos votos, quanto às prioridades mais específicas e concretas, impostas pelos interesses locais ou corporativos, às quais, pelo contrário, os 'políticos' encontram-se, às vezes, inexoravelmente ligados".

137. Roxin (2012, p. 35-38) nos lembra que os juízes já foram partícipes da dogmática penal em importantes pontos, exemplificando com o notório problema da equivalência dos crimes omissivos e sua relação com o princípio do *nullum crime sine lege*. O autor realça a impossibilidade de justificar uma imputação penal nos casos de inação e diante da ausência de uma precisa descrição típica, concluindo que: "É um segredo conhecido que a jurisprudência, até então, tem contornado a ausência de uma base legal através de sua livre criatividade. [...] A substituição da ação ausente pela obrigação de impedir o resultado nos crimes cujos tipos o legislador deixou somente a ação constituir foi, na verdade, uma livre criação do direito pelos juízes".

138. Palma (2011, p. 119) parece apoiar o uso da jurisprudência na legitimação da dogmática, afirmando que: "Em todo o caso, no estudo do Direito Constitucional Penal torna-se essencial explorar, através de exemplos jurisprudenciais ou hipóteses construídas, os trâmites da argumentação inerente ao conceito material de crime, sobretudo quando estiverem em causa novas incriminações sem tradição social sólida". Alexy (2013, p. 280) também acena para essa necessidade de construir uma teoria da argumentação jurídica considerando a jurisprudência. Segundo o referido autor, "As normas jurídicas surgidas do processo de legislação não solucionam todos os problemas. Tem-se evidenciado numerosas vezes que de maneira nenhuma determinam de forma completa a decisão jurídica. [...] Se se quer sempre preencher o campo de indeterminação que surge desta forma unicamente por meio da argumentação prática geral, as debilidades desta argumentação continuarão afetando a decisão jurídica em um grau considerável. Por isso, mostra-se racional a introdução de formas e regras especiais da argumentação jurídica, sua institucionalização como Ciência do Direito e sua inclusão no contexto dos precedentes".

6. Conclusão

Por tudo quanto exposto, mirando uma possibilidade de limitação racional do poder punitivo estatal, sem perfilhar qualquer tipo de proselitismo, mas escudado na liberdade da pesquisa acadêmica, na vertente democrática do pensamento crítico e na necessidade aprimoramento científico, apresentamos as seguintes conclusões: i) é sim legítima, além de obrigatória, a atividade judicial de conversão interpretativa dos crimes de perigo abstrato em perigo concreto; ii) há situações nas quais, apesar de abstratamente perigosa, a conduta em concreto não possui aptidão para produzir qualquer perigo; iii) diante do estágio civilizatório alcançado, não há base constitucional para presunção absoluta do perigo no Direito Penal ocidentalizado; iv) a jurisdição serve como instrumento de aperfeiçoamento legislativo; v) ao rejeitar o bem jurídico como referencial, a antecipação da tutela penal torna-se ilegítima e ilimitada; vi) os tipos de perigo abstrato puro subvertem pilares do Direito Penal (dano ou risco concreto), processual penal (ônus da prova) e constitucional (presunção de inocência); vii) os tipos de perigo abstrato devem servir de parâmetro na verificação do risco concreto ao bem jurídico protegido, sem necessidade de declaração de inconstitucionalidade, desde que não veiculem presunções absolutas de culpa; viii) a sentença penal condenatória não pode fundamentar-se no perigo abstrato por si só, sendo imprescindível, no mínimo, a demonstração de perigo com aptidão de ofender o bem jurídico protegido; ix) torna-se necessário, ao que parece, um processo de unificação interpretativa dos tipos de perigo a ser construído progressivamente pela jurisprudência em cada caso concreto, uniformizando a atuação dos operadores jurídicos; e, por fim, x) não haveria utilidade prática em distinguir os crimes de perigo, pois o único perigo constitucionalmente legítimo na órbita penal seria aquele com propensão de causar dano.

Referências

A CHINA já pode identificar seus cidadãos só pela forma de andar. *El País Retina,* Madri, 10 nov. 2018, 11:19. Disponível em: [https://brasil.elpais.com/brasil/2018/11/10/politica/1541853964_264737.html]. Acesso em: 28.12.2019.

ACEMOGLU, Daron; ROBINSON, James. *Por que as nações fracassam*: as origens do poder, da prosperidade e da pobreza. Trad. Cristina Serra. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

ALEXY, Roberto. *Teoria da argumentação racional*: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica. Trad. Zilda Hutchinson Schild Silva. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

ARISTÓTELES. *Retórica*. Trad. Edson Bini. São Paulo: Edipro, 2013.

ASHWORTH, Andrew; ZEDNER, Lucia. Preventive orders: a problem of Undercriminalization? In: DUFF, R. A.; FARMER, Lindsay; MARSHALL, S. E.;

RENZO, Massimo; TADROS, Victor (Ed.). *The boundaries of the criminal law*. Oxford University Press 2010.

BARBOSA, Paulo Roberto Fonseca. O *poder complementar dos juízes*: instrumentos para o controle da expansão penal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo*: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

BECK, Ulrich. *Sociedade de risco*: rumo a uma outra modernidade. Trad. Sebastião Nascimento. 2. ed. São Paulo: Editora 34, 2011.

BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Crimes de perigo abstrato*. 3. ed. São Paulo: Ed. RT, 2013.

BOURDIEU, Pierre. *O poder simbólico*. Trad. Fernando Tomaz. 16. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2012.

BUSATO, Paulo César. Delitos de posse e ação significativa: crítica aos *besitzdelikte* a partir da concepção significativa da ação. *Sequência*, Florianópolis, n. 73, p. 75-112, ago. 2016. Disponível em: [www.scielo.br/pdf/seq/n73/0101-9562-seq-73-00075.pdf]. Acesso em: 17.02.2020.

CÂMARA, Guilherme Costa. Capacidade de resistência do bem jurídico coletivo e o problema da conduta cumulativamente ofensível às futuras gerações. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Coimbra, ano 28, n. 2, maio-ago. 2018.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Trad. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999.

CARTUYVELS, Yves. Comment articuler "mediation" et "justice réparatrice"? In: JACCOUD, Mylène (Dir.). *Justice réparatrice et médiation pénale*: convergences ou divergences? Paris: L'Harmattan, 2003.

COSTA, José Francisco de Faria. *O perigo em direito penal*. Coimbra: Coimbra Editora, reimpressão 2000.

COSTA, Rogério da. Sociedade de controle. *São Paulo em Perspectiva*, São Paulo, n. 18, v. 1, p. 161-167, 2004. Disponível em:[www.scielo.br/pdf/spp/v18n1/22238.pdf]. Acesso em: 06.03.2020.

CYRINO, André Rodrigues. Revolução na Inglaterra? Direitos humanos, corte constitucional e declaração de incompatibilidade das leis. Novel espécie de judicial review? *Revista de Dir. Proc. Geral*, Rio de Janeiro, v. 62, 2007. Disponível em: [www.pge.rj.gov.br/comum/code/MostrarArquivo.php?C=MTMxMA%2C%2C]. Acesso em: 26.04.2020.

DELEUZE, Gilles. *Conversações*. Trad. Peter Pál Pelbat. São Paulo: Editora 34, 1992.

DIAS, Augusto Silva. "What if everybody did it?": sobre a "(in)capacidade de ressonância" do Direito Penal à figura da acumulação. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Coimbra, ano 13, n. 3, p. 303-345, jul.-set.o 2003.

DIAS, Augusto Silva. Entre "comes e bebes": debate de algumas questões polémicas no âmbito da protecção jurídico-penal do consumidor. *Direito penal económico e europeu*: textos doutrinários. Instituto de Direito Penal Económico e Europeu, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Coimbra: Coimbra Editora, 2009. v. III.

DIAS, Augusto Silva. *Ramos emergentes do direito penal relacionados com a protecção do futuro (ambiente, consumo e genética humana)*. Coimbra: Coimbra Editora, 2008.

DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito penal*. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2012. t. II.

DIAS, Jorge de Figueiredo. *Temas básicos da doutrina penal do equilíbrio*. Coimbra: Coimbra Editora, 2001.

DIAS, Jorge de Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa Andrade. *Criminologia*: o homem delinquente e a sociedade criminógena. Coimbra: Coimbra Editora, 2013.

DUFF, R. A. *Answering for crime*: responsability and liability in the criminal law. Oxford: Hart Publishing, 2007.

DURKHEIM, Émile. *De la division du travail social*. 2. ed. Paris: Quadrige/Presses Universitaires de France, 1991 (Collection Bibliothèque de Philosophie Contemporaine).

EMERIQUE, Lilian Balmant. Neoconstitucionalismo e interpretação constitucional. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, Coimbra, v. XLVIII, n. 1 e 2, 2007.

FEIJOO SANCHEZ, Bernardo. Sobre a "administrativização" do direito penal na "sociedade do risco". Notas sobre a política criminal no início do século XXI. *Revista Liberdades*, São Paulo, n. 7, p. 23-61, maio-ago. 2011. Disponível em: [www.revistaliberdades.org.br/_upload/pdf/8/artigo1.pdf]. Acesso em: 22.01.2020.

FEINBERG, Joel. *Harm to others*: the moral limits of the criminal law. Nova York: Oxford University, 1984.

FEINBERG, Joel. *Harm to self*: the moral limits of the criminal law. Nova York: Oxford University, 1986.

FERRAJOLI, Luigi. *Diritto e ragione*: teoria del garantismo penale. Prefazione di Norberto Bobbio. 10. ed. Bari: Editori Laterza, 2011.

FEYERABEND, Paul. *Contra o método*. Trad. Cézar Augusto Mortari. São Paulo: Editora Unesp, 2007.

FOUCAULT, Michel. *Microfísica do poder*. 4. ed. Rio de Janeiro: Edições Graal, 1984.

FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir*: histórias de violência nas prisões. Trad. Raquel Ramalhete. 38. ed. Petrópolis: Vozes, 2010.

GARLAND, David. *A cultura do controle*: crime e ordem social na sociedade contemporânea. Tradução, apresentação e notas de André Nascimento. 1. Reimpressão. Rio de Janeiro: Revan, 2014 (Coleção pensamento criminológico, v. 16).

GRECO, Luís. *Modernização do direito penal, bens jurídicos coletivos e crimes de perigo abstrato*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

GUASTINI, Ricardo. La constitucionalización del ordenamiento jurídico: el caso italiano. In: CARBONELL, Miguel. *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Editorial Trotta, 2003.

GÜNTHER, Klaus. Os fundamentos normativos do Direito Penal em mudança. *Anatomia do crime*, Coimbra, n. 4, jul.-dez. 2016.

HAMILTON, Alexander; JAY, John; MADISON, James. *The Federalist Papers*. New York: Signet Classics, 2003.

HESSE, Konrad. A *força normativa da constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

HILDEBRANDT, Mireille. Proactive forensic profiling: proactive criminalization? In: DUFF, R. A.; FARMER, Lindsay; MARSHALL, S. E.; RENZO, Massimo; TADROS, Victor (Ed.). *The boundaries of the criminal law*. Oxford University Press 2010.

HUSAK, Douglas. Rethinking the act requirement. *Cardozo L. Rev*, New York, 28, 2006-2007. Disponível em: [www.law.upenn.edu/institutes/cerl/conferences/actiolibera/reading/Rethinking%20the%20Act%20Requirement%20(Husak).pdf]. Acesso em: 18.02.2020.

JAKOBS, Günther. Fundamentos do direito penal. Trad. André Luís Callegari. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 2012.

JAKOBS, Günther. Sociedade, norma e pessoa. Trad. Mauricio Antonio Ribeiro Lopes. Barueri: Manole, 2003.

LAMY, Bertrand de. A constitucionalização do direito penal francês. Trad. Tracy Joseph Reinaldet. *Revista Justiça e Sistema Criminal*, Curitiba, v. 7, n. 13, p. 35-63, jul.-dez. 2015.

LASSALE, Ferdinand. *O que é uma Constituição?* Trad. Leandro Farina. São Paulo: Minelli, 2003.

LOBATO, José Danilo Tavares. *Perspectivas da teoria do delito em tempos de crise*. [Texto impresso]. Aula da Disciplina Direito Processual Penal da Faculdade de Direito de Lisboa em 27 nov. 2018.

LUHMANN, Niklas. *Legitimação pelo procedimento*. Trad. Maria da Conceição Côrte-Real. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1980.

MANTOVANI, Ferrando. *Diritto penale*. 8. ed. Padova: Cedam, 2013.

MARINO, Giuseppe. Lo statuto del "terrorista": tra simbolo ed anticipazione. Diritto Penale Contemporaneo, *Rivista Trimestrale*, Milano, n. 1, 44-52, 2017. Disponível em: [http://dpc-rivista-trimestrale.criminaljusticenetwork.eu/pdf/rivista0117.pdf]. Acesso em: 05.04.2020.

MATUS, Jean Pierre. Nationalsozialistisches Strafrecht, Kontinuität und Radikalisierung. *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik (ZIS)*, 5, 2019. Disponível em: [www.zis-online.com/dat/artikel/2019_5_1293.pdf]. Acesso em: 10.12.2019.

MENDES, Paulo de Sousa. *Vale a pena um DIREITO PENAL do ambiente*? Lisboa: AAFDL, 2000.

MENDOZA BUERGO, Blanca. La configuración del injusto (objetivo) de los delitos de peligro abstracto. *Revista de Derecho Penal y Criminología*, Bogotá, 2. Época, n. 9, p. 39-82, 2002.

MONIZ, Helena. Aspectos do resultado em Direito Penal. *Liber Discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003.

MONTE, Elio Lo. Osservazioni sulla contrapposizione tra sicurezza e libertà nella recente legislazione penale: uma pericolosa tendenza. In: FÖPPEL, Gamil (Coord.). *Novos desafios do direito penal no terceiro milênio*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat de. *De l'esprit des lois*. Une édition électronique réalisée à partir du livre Montesquieu, De l'esprit des lois (1758). Texte de 1758, dernier état du texte revu par Monstesquieu. L'orthographe a été modernisé et la ponctuation légèrement, mais non la graphie. Édition établie par Laurent Versini. Paris: Édition Gallimard, 1995. Disponível em: [http://classiques.uqac.ca/classiques/montesquieu/de_esprit_des_lois/de_esprit_des_lois_tdm.html]. Acesso em: 11.02.2020.

MORAIS, Carlos Blanco de. *Justiça constitucional*: o contencioso constitucional português entre o modelo misto e a tentação do sistema de reenvio. Coimbra: Coimbra Ed., 2005. t. 2.

MURMANN, Uwe. *¿Función crítica del concepto de bien jurídico verus Constitución?* In: AMBOS, Kai; BÖHM, Maria Laura; ZULUAGA, John (Ed.). *Desarrollos actuales de las ciencias criminales en Alemania:* Segunda e Tercera Escuela de Verano em ciencias criminales y dogmática penal alemana. Centro de Estudios de Derecho Penal y Processo Penal Latinoamericano (CEDPAL). Georg-August-Universität Göttingen. Göttingen: Göttingen University Press, 2016. v. 1.

ORTEGA Y GASSET, José. *La rebelión de las masas*. 7. ed. Barcelona: Austral , 2018 (Edición conmemorativa).

ORWELL, George. *1984*. Trad. Ana Luísa Faria. Lisboa: Antígona, 2015.

PALMA, Maria Fernanda. Consumo e tráfico de estupefacientes e Constituição: a absorção do "direito penal de justiça" pelo direito penal secundário? In:

Professor Doutor Dário Moura Vicente (Coordenador), Problemas Jurídicos da droga e da toxicodependência, *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, Coimbra, v. II, p. 273-288, 2004.

PALMA, Maria Fernanda. *Direito constitucional penal*. Coimbra: Almedina, 2011.

PALMA, Maria Fernanda. *Direito penal*: conceito material de crime, princípios e fundamentos. Teoria da lei penal: interpretação, aplicação no tempo, no espaço e quanto às pessoas. 3. ed. Lisboa: AAFDL, 2018.

POSNER, Richard A. *Problemas de filosofia do direito*. Trad. Jeferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

PRITWITS, C. Sociedad del riesgo y derecho penal. In: ARROYO ZAPATERO, Luís; NEUMANN Ulfrid; NIETO MARTINS, Adán (Coord.). *Crítica y justificación del derecho penal en el cambio de siglo*. Cuenca: Ediciones de la Universidade de Castilla, La Mancha (Estudios, 91), 2003.

QUEIROZ, Paulo. *Curso de direito penal*. 9. ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2013.

RAMOS, Carlos Henrique. *Mutação constitucional*: constituição e identidade constitucional evolutiva. Curitiba: Juruá, 2013.

RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial*: parâmetros dogmáticos. São Paulo: Saraiva, 2010.

RODRIGUES, Marta Felino. *As incriminações de perigo e o juízo de perigo no crime de perigo concreto*: necessidades de precisões conceptuais. Coimbra: Almedina Editora, 2010.

ROXIN, Claus. O conceito de bem jurídico crítico ao legislador em cheque. In: LEITE, Alaor (Org.). *Novos estudos de Direito Penal*. Trad. Luís Greco, Augusto Assis, Alaor Leite e Marina Coelho. São Paulo: Marcial Pons, 2014a.

ROXIN, Claus. *Política criminal e sistema jurídico-penal*. Trad. Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2012.

ROXIN, Claus. Sobre o recente debate em torno do bem jurídico. In: LEITE, Alaor (Org.). *Novos estudos de direito penal*. Trad. Luís Greco, Augusto Assis, Alaor Leite e Marina Coelho. Coleção Direito Penal e Criminologia. São Paulo: Marcial Pons, 2014b.

SCHÜNEMANN, Bernd. O princípio da proteção de bens jurídicos como ponto de fuga dos limites constitucionais e da interpretação dos tipos. In: GRECO Luís (Org.). *Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito*. Trad. Adriano Teixeira, Alaor Leite, Ana Claudia Grossi, Danielle Campos, Heloísa Estellita e Luís Greco. São Paulo: Marcial Pons, 2013.

SILVA SANCHEZ, Jesus Maria. *La expansión del derecho penal*: aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales. 2. ed. Madrid: Civitas, 2001.

TORIO LOPEZ, Angel. Los delitos de peligro hipotético (Contribuición al studio diferencial de los delitos de peligro abstracto). *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*. Madri, Fascículo 2-3, (Número monográfico extraordinario a la memoria del profesor Don José Antón Oneca), p. 825-848, 1981.

VIVES ANTÓN, Tomás S. *Fundamentos del sistema penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1996.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Doutrina penal nazista*: a dogmática penal alemã entre 1933 e 1945. Trad. Rodrigo Murad do Prado. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2019.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. El enemigo en el derecho penal. *Estudios de criminología y política criminal*. 6. Madrid: Dykinson, 2006.

Pesquisas do Editorial

Veja também Doutrinas relacionadas ao tema

- A legitimidade do direito penal econômico como direito penal de perigo – Uma análise à luz dos princípios da lesividade e da intervenção mínima, de Ariella Toyama Shiraki – *RBCCrim* 83/7-52 (DTR\2010\293); e
- "Princípio da ofensividade" e crimes de perigo abstrato – Uma introdução ao debate sobre o bem jurídico e as estruturas do delito, de Luís Greco – *RBCCrim* 49/89-147 e *Doutrinas Essenciais de Direito Penal* 1/355-401 (DTR\2004\892).

A (in)validade das provas obtidas através do lixo sob a ótica do Direito Processual Penal brasileiro

The (in)validity of evidence obtained through garbage by the point of view of the Brazilian Criminal Procedural Law

Américo Bedê Junior

Professor do Programa de Pós-graduação *stricto sensu* – doutorado e mestrado – da FDV. Doutor em Direitos Fundamentais FDV/ES. Mestre em Direitos Fundamentais FDV/ES. Professor de Processo Penal da FDV/ES. Juiz Federal Titular da 2ª Vara Criminal em Vitória/ES. Professor coordenador do Grupo de Pesquisa "Hermenêutica jurídica e jurisdição constitucional" da FDV/ES.
ORCID: [orcid.org/0000-0003-0128-8790].
bede@jfes.jus.br

Igor Luz Carminat

Acadêmico de Direito da FDV/ES.
ORCID: [orcid.org/0000-0002-2325-5925].
jpcarminat@hotmail.com

Recebido em: 27.01.2019
Aprovado em: 24.08.2020
Última versão dos autores: 04.09.2020

Áreas do Direito: Processual; Penal

Resumo: O presente estudo tem como objetivo a análise da validade ou da invalidade da utilização processual criminal da prova obtida através da investigação do lixo. Para tanto, foram trazidos à discussão, em um primeiro momento, alguns princípios constitucionais e processuais, como o direito à propriedade privada, a privacidade e o *nemo tenetur se detegere*, visando demonstrar com se relacionam com a questão do lixo. Posteriormente, é feita a análise concreta de tais princípios diante de situações hipotéticas gerais, sendo elas a hipótese de investigação do lixo que se encontra em local público (ou de acesso público), na qual foi estudado como se aplica a

Abstract: The present study has as objective the analysis of the validity or invalidity of the criminal utilization of evidence obtained through garbage investigation. Therefore, it was brought to discussion, in a first moment, some constitucional and processual principles, like the right to have a private property, privacy and the *nemo tenetur se detegere* principle, aiming to show how they relate to the matter of garbage. Afterwards, it is made a concrete analysis of those principles facing general hypothetical situations, those being, the hypothesis of the garbage investigation in a public location (or public access location), in which, it was studied how it applies

questão da propriedade e da privacidade. Depois, enfrentou-se a situação do lixo que se encontra no domicílio, observados os princípios da primeira hipótese, somados às peculiaridades da proteção de tal instituto. Por fim, do lixo produzido por um indivíduo encarcerado, ampliando-se a discussão, levando em consideração a possibilidade de o preso estar sendo obrigado a se autoincriminar, tudo isso com o fim de estabelecer os parâmetros em tais situações.

Palavras-chave: Direito processual penal – Direitos fundamentais – Prova encontrada no lixo.

to the subject of property and privacy. Later, it was faced the situation of the garbage located at a home, facing the same principles of the first hypothesis, added to the peculiarities in the protection of such institute. At last, of the garbage produced by an imprisoned individual, expanding the discussion, taking into account the possibility of the person in jail being forced to incriminate himself or herself, all of this with the objetive of establishing the parameters in those situations.

Keywords: Processual criminal law – Fundamental rights – Evidence found on garbage.

Sumário: Introdução. 1. O direito fundamental à intimidade. 1.1. O lixo e sua relação com o direito à intimidade. 2. O princípio do *nemo tenetur se detegere*. 2.1. O direito do acusado de exercer a autodefesa. 2.2. O direito ao silêncio e a vedação à autoincriminação. 3. A prova ilícita no direito processual penal brasileiro. 3.1. O lixo dentro do conceito de prova no processo penal. 3.2. A prova ilícita e o possível enquadramento do lixo como tal. 4. A (in) validade de provas encontradas no lixo no processo penal sob diferentes enfoques. 4.1. O lixo encontrado em local público ou de acesso ao público. 4.2. O lixo encontrado dentro do domicílio. 4.3. A utilização do lixo produzido por réu preso no processo criminal. Conclusão. Referências.

Introdução

Visto a escassez jurisprudencial e doutrinária acerca do tema, muitas vezes o enfrentando de forma direta e superficial, o presente trabalho tem o objetivo de analisar a utilização da prova produzida através da análise do lixo gerado por um indivíduo, buscando determinar a validade ou a invalidade criada pela utilização de tais provas em um processo criminal.

Deveras importante ressaltar que não se pretende estabelecer regras nem solucionar todos os casos possíveis de ocorrer, muito menos engessar a atuação de um juiz diante de um caso concreto, mas ao menos estabelecer um ponto norteador de interpretação da prova e de sua utilização, na tentativa de traçar alguns limites a uma atuação jurisdicional arbitrária.

No primeiro item será conceituado o direito fundamental à intimidade, trazendo o que estaria sendo protegido quando a Carta Magna brasileira estabelece sua inviolabilidade, ao mesmo tempo em que se busca trazer uma possível relação entre a garantia de inviolabilidade da vida privada e a produção de provas através do lixo do indivíduo.

Já no segundo item, é feita uma reflexão acerca do princípio constitucional e processual penal do *nemo tenetur se detegere*, demonstrando sua importância para o estabelecimento de um efetivo Estado Democrático de Direito, bem como se analisa a questão do direito ao silêncio e a relevância da garantia para o presente estudo.

Em um terceiro momento, busca-se traçar um paralelo entre a questão do lixo e a prova ilícita, visto que se trata de ponto essencial para se compreender a o ponto em debate, pois é justamente através da caracterização da prova como ilícita que é possível estabelecer a prova como válida ou não.

No último item, e precisamente o mais importante neste estudo, serão trazidos todos esses conceitos traçados ao longo do texto para uma análise de possíveis situações concretas e gerais, para, a partir do estabelecido, responder justamente o questionamento que ensejou a produção do presente estudo, isto é, determinar a (in)validade, no processo penal, da utilização em juízo de uma prova obtida através do lixo.

1. O direito fundamental à intimidade

O direito fundamental à intimidade está previsto no artigo 5º, inciso X, da Constituição Federal brasileira, tido como inviolável. Necessário ressaltar que a redação constitucional separa a intimidade da vida privada, colocando como dois direitos distintos entre si. Segue-se, entretanto, a linha de pensamento de Américo Bedê Júnior, o qual doutrina que "a subjetividade ínsita na separação dos termos não traz benefícios práticos e lembrando a famosa navalha de Ockham, deve-se optar pela explicação mais simples de um fenômeno"[1]. Portanto, os referidos direitos serão tratados como sinônimos no presente trabalho.

É preciso, contudo, definir o que seriam os chamados direitos fundamentais, previstos no Título II da Constituição, o que por si só não é tarefa fácil. A definição trazida por Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins, apesar de bastante simplificada, sintetiza as principais características de tais direitos. Os autores escrevem que:

> "Direitos fundamentais são direitos público-subjetivos de pessoas (físicas ou jurídicas), contidos em dispositivos constitucionais e, portanto, que encerram caráter normativo supremo dentro do Estado, tendo como finalidade limitar o exercício do poder estatal em face da liberdade individual."[2]

1. BEDÊ JÚNIOR, Américo. *A retórica do direito fundamental à privacidade*: a validade da prova obtida mediante filmagens nos ambientes público e privado. Salvador: JusPodivm, 2015. p. 73.

2. DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria geral dos direitos fundamentais*. São Paulo: Ed. RT, 2007. p. 54.

A definição trazida, simples, como dito antes, traz a essência de um direito fundamental, ressaltando que essa visão se aproxima mais daqueles direitos fundamentais de 1ª geração. São esses direitos decorrentes, frutos, de um direito primordial à liberdade, traduzindo-se como uma "faculdade ou atributos da pessoa e ostentam uma subjetividade que é seu traço mais característico"[3], sendo tais direitos, basicamente, os direitos civis, ou seja, aqueles de resistência diante da autoridade estatal. Importante levar em consideração que, o fato de serem direitos de oposição Estatal não significa que não devem ser observados entre os particulares, pelo contrário, os direitos de 1ª geração têm grande influência nas questões jurídicas entre indivíduos.

Não traz, porém, prejuízo ao presente texto tal definição, pelo contrário, é justamente o que se busca discutir, considerando a ideia de que tais direitos são considerados como direitos negativos diante do Estado.

Primeiramente, vale destacar que se trata de dispositivos constitucionais. Apesar de tal afirmação parecer um relato do óbvio, é fundamental que se entenda o peso que tal direito carrega no ordenamento jurídico. Sendo a constituição suprema dentro de uma nação, todas as outras normas infraconstitucionais estão sujeitas à observação das normas jurídicas previstas na Carta Magna.

Em segundo lugar, tem-se a ideia de que os direitos fundamentais têm como finalidade proteger o indivíduo do próprio Estado, como citado anteriormente. Os direitos fundamentais (especialmente aqueles de primeira geração) seriam em sua essência uma forma de defesa dos indivíduos contra possíveis abusos realizados por parte do governante.

Ultrapassada a questão da definição de direito fundamental, surge um novo problema, definir o direito à intimidade. Tal direito foi previsto internacionalmente pela primeira vez, em abril de 1948, no artigo 5º da Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem com a seguinte redação: "toda pessoa tem direito à proteção da lei contra os ataques abusivos à sua honra, à sua reputação e à sua vida particular e familiar".[4] Faz-se necessária, novamente, a ressalva de que os termos vida particular (privacidade) e intimidade serão tratados como sinônimos, visto que os textos normativos internacionais tratam apenas do termo "vida privada".

Posteriormente, em 10 de dezembro de 1948, tal direito é reafirmado na redação da Declaração Universal dos Direitos Humanos, em seu artigo 12º, que prevê que

3. BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2017. p. 578.

4. COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Declaração Americana dos Direitos e Deveres do homem*. Disponível em: [www.cidh.oas.org/basicos/portugues/b.Declaracao_Americana.htm]. Acesso em: 18.02.2019.

> "Ninguém sofrerá intromissões arbitrárias na sua vida privada, na sua família, no seu domicílio ou na sua correspondência, nem ataques à sua honra e reputação. Contra tais intromissões ou ataques toda a pessoa tem direito a protecção da lei."[5]

Por fim, temos a redação da própria Constituição Federal brasileira, que prevê a inviolabilidade da intimidade e da vida privada em seu artigo 5º, inciso X, *ipsis litteris* "são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação".[6]

Observa-se, então, a partir da leitura de tais textos, a semelhança em sua redação, demonstrando uma clara inspiração dos redatores na originalmente redigida Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem.

O que se destaca é que são termos comuns os direitos à "honra, reputação, imagem", e, apesar do texto constitucional brasileiro tratar separadamente da imagem, entende-se tendo o mesmo sentido de reputação, o que demonstra que o direito à inviolabilidade da intimidade está também ligado à proteção das esferas previamente mencionadas.

Falta, entretanto, estabelecer o que é a intimidade (ou vida privada). Trata-se de um conceito altamente subjetivo, difícil então é determinar com precisão qual a definição de tal termo. A partir da concepção do texto de Edilsom Pereira de Farias, a intimidade pode ser definida como "o modo de ser da pessoa que consiste na exclusão do conhecimento pelos outros daquilo que se refere a ela só."[7] Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco, por sua vez, definem que

> "O direito à privacidade, em sentido mais estrito, conduz à pretensão do indivíduo de não ser o foco da observação por terceiros, de não ter seus assuntos, informações pessoais e características particulares expostas a terceiros ou ao público em geral."[8]

Poder-se-ia citar eternamente diferentes interpretações e visões sobre o que seria então tal direito, cada autor tendo sua base e influências para alcançar tal conceito, por isso tentar-se-á buscar um conceito mais simples e neutro possível. A intimidade é, em síntese, portanto, uma determinada informação (ou conjunto de informações) que o indivíduo deseja ocultar do público em geral, referente a ele mesmo ou algo de seu interesse.

---

5. ONU. *Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948)*. Disponível em: [www.mp.go.gov.br/portalweb/hp/7/docs/declaracao_universal_dos_direitos_do_homem.pdf]. Acesso em: 18.02.2019.
6. BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. 55. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 5.
7. CUPIS, Adriano de. 1967. p. 129 apud FARIAS, Edilsom Pereira de. *Colisão de direitos*: a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem *versus* a liberdade de expressão e informação. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2000. p. 137.
8. MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 13. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 287.

Não se trata do desconhecimento de todos, isto é, não se refere, necessariamente, a segredos, aquilo que o indivíduo guarda apenas para si, mas também aquilo que ele deseja que seja conhecimento de um grupo limitado de pessoas apenas. Isso fica demonstrado, por exemplo, na redação dos textos normativos internacionais, previamente expostos, que preveem, junto à proteção da intimidade, a defesa também da família.

Todavia, não se trata apenas de uma extensão dessa intimidade à família, ou seja, não é obrigação que se trate apenas de relações familiares, como pode parecer de início ao se analisar os dispositivos legais, mas também àquelas relações baseadas na afetividade e na confiança[9].

Ora, não se pode negar que muitas vezes, devido à rotina de trabalho exaustiva ou então até mesmo por uma particularidade pessoal, os indivíduos se tornam mais próximos de amigos (ou outras formas de se relacionar análogas), do que da própria família, e, consequentemente, compartilham informações ou determinadas experiências que não se sentiriam confortáveis de apresentar às suas respectivas famílias. Muitas vezes, não se trata nem de relações de intimidade, mas de estrita confiança de que a informação não irá ultrapassar a pessoa a qual é destinada, como é o caso de uma relação entre paciente e psicólogo, por exemplo. Diversas vezes, também, essa intimidade pode ser exercida em um ambiente onde muitos, erroneamente, pressupõem que ela é mínima, ou até mesmo nula. Sobre isso Celso Ribeiro Bastos e Ives Gandra da Silva Martins são precisos:

> "Há que se fazer referência àquelas situações em que o indivíduo se encontra em restaurantes, casas noturnas, bares, hotéis e motéis, em que o público e o particular se entrelaçam de maneira quase que inextrincável. É lógico que os lugares citados são públicos, na medida em que são de acesso livre a todos. Portanto, quem os frequenta está *a priori* abrindo mão do seu direito de privacidade. Isso não quer dizer contudo que esteja querendo chamar para si os holofotes da publicidade."[10]

Isso demonstra como os aspectos íntimos se estendem para muito além da pessoa enquanto indivíduo, indo além de questões secretas, mas se revelando presente num âmbito social, isto é, tal direito depende necessariamente de relações sociais para ser compreendido, ainda que o interesse seja justamente que a sociedade em geral seja alheia a essas questões. Ainda mais, demonstra que as questões privadas podem ser transmitidas e obtidas através de diversas formas, não apenas diretamente através do indivíduo.

9. AGOSTINI, Leonardo Cesar de. *A intimidade e a vida privada como expressões da liberdade humana.* Porto Alegre: Núria Fabres Ed., 2011. p. 207.

10. BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Comentários à Constituição do Brasil:* promulgada em 5 de outubro de 1988: arts. 5 a 17. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2001. v. 2. p. 71.

1.1. O lixo e sua relação com o direito à intimidade

A esfera da intimidade pode se apresentar, portanto, de diversas formas, seja na fala, em um gesto, em um texto, em uma pintura, através de objetos pessoais; em resumo, não há uma forma definida pela qual se apresenta ao mundo.

Não é, também, previamente estabelecido a quem essa esfera vai se dirigir, se irá se destinar ao próprio indivíduo, se ela irá se estender às pessoas com quem tem uma relação de afeto, se irá alcançar pessoas as quais o indivíduo acredita que manterão as informações ou dados confiados alheios ao conhecimento público. Isso posto, é devida a reflexão, já que não há predefinição, se o lixo estaria dentro da esfera de proteção constitucional da intimidade.

O lixo nada mais é que material, objetos descartados, "[...] em geral tudo o que não presta e se joga fora"[11], ou seja, trata-se dos resíduos provenientes da atividade humana que não têm mais utilidade ou função a cumprir por quem foi produzido. Pode ser classificado em resíduos domésticos, sólido urbano, industrial, hospitalar e nuclear.[12] Entre esses, merecem especial atenção os resíduos domésticos e comerciais, não que as outras espécies de lixo não devam ser trabalhadas, mas os referidos tipos de resíduos têm uma maior probabilidade de conter itens que integrem a esfera da intimidade.

Observando então essa definição, percebe-se que o lixo ao menos tem o potencial de conter uma parcela da intimidade do indivíduo. Aquele que produziu o lixo, ou seja, que descartou algo, não tem interesse em manter esse objeto, entretanto é um erro assumir que por esta razão deixa de fazer parte de sua intimidade. Muitos tem a crença de que ao descartar um objeto, nenhum outro indivíduo terá acesso a ele ou então que, por ser lixo, estará oculto do conhecimento geral.

Para elucidar tal afirmação, passa-se a um exemplo. Imagine então um homem famoso, uma figura pública, casado, que tenha uma relação extraconjugal e que tenha a posse de um objeto comprometedor, que caso sua esposa ou o público tenha conhecimento de tal objeto, o caso seria descoberto. Esse indivíduo, sabendo dessa situação e não tendo mais uso para esse item, descarta-o, objetivando ocultar o caso e suprimir do conhecimento alheio a posse do mesmo.

Considerando que o objeto realmente não tinha mais utilidade para o homem, não há que se discutir que se trata de lixo, ainda que não indispensável essa inutilidade, encaixando-se perfeitamente na definição trazida. Entretanto, não há como negar também que, apesar de descartar o item, esse indivíduo objetiva, com o próprio lixo, proteger sua intimidade, ocultando questões pessoais do público e até mesmo de sua própria esposa.

---

11. BUENO, Silveira. *Silveira Bueno:* minidicionário da língua portuguesa. 2. ed. São Paulo: FTD, 2007. p. 476.

12. RIBEIRO, Thiago. *O lixo*. Disponível em: [https://mundoeducacao.bol.uol.com.br/geografia/o-lixo.htm]. Acesso em: 27.02.2019.

O lixo, no exemplo, além de conter uma parcela da intimidade do homem, serve, além de mero portador, como protetor dessa. Ou seja, além da função que se imaginaria inicialmente, de apenas conter uma parcela da intimidade, o lixo exerce uma função ainda mais importante, de garantir a integridade e a proteção à intimidade.

Assim, a limitação ao acesso ao conteúdo do lixo desse indivíduo, de todas as formas, se trataria justamente do exercício pleno do direito e princípio constitucional da inviolabilidade da intimidade/vida privada. Ora, é claro que a invasão do lixo, em casos como o do exemplo, além de muitas outras possibilidades, fere o inciso X do art. 5º da Carta Magna, visto que almeja impedir o acesso e a divulgação de informações sobre a privacidade[13], o que seria essencialmente o que ocorreria.

2. O princípio do *nemo tenetur se detegere*

O princípio do *nemo tenetur se detegere* pode ser traduzido como a vedação à autoincriminação, ou então o direito de não poder ser obrigado a produzir prova contra si mesmo.

É um direito de autodefesa, ou a chamada defesa pessoal, no caso, negativa, ou seja, é um direito ao não fazer, no caso, não colaborar a atividade investigatória estatal.[14] Antes do aprofundamento no princípio que veda a autoincriminação, é preciso primeiro traçar os contornos do direito de autodefesa.

2.1. O direito do acusado de exercer a autodefesa

Primordialmente, deve-se salientar que o supracitado direito se encontra inserido em outro, o direito à ampla defesa, atuando quase como um subprincípio, e, apesar do prefixo utilizado "sub", não se torna menor sua importância.

A ampla defesa é garantida pelo art. 5º, LV, da Carta Magna brasileira[15], e no âmbito processual penal ela pode ser subdividida em defesa técnica ou autodefesa. Não é necessário o aprofundamento no presente trabalho no instituto da defesa técnica, basta apenas mencionar que é aquela praticada por profissional habilitado e que sua falta pode acarretar nulidade absoluta do processo.[16]

13. BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Comentários à Constituição do Brasil*: promulgada em 5 de outubro de 1988: arts. 5 a 17. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.v. 2. p. 71.

14. LOPES JR, Aury. *Direito processual penal*. 15. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 103.

15. BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. 55. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 9.

16. TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. *Curso de direito processual penal*. 13. ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2018. p. 77-78.

Passa-se então à breve análise do direito à autodefesa. A autodefesa basicamente é tudo aquilo que o indivíduo, no caso, o réu, realiza (ou deixa de realizar) no sentido de impedir a aplicação da sanção por parte Estado.

Tal direito pode ser dividido em duas esferas, isto é, duas formas em que tal direito pode ser exercido. A primeira, em um sentido positivo, comissivo, se trata de atos que o acusado pratica em sua defesa. Assim, trata-se do direito de praticar atos, como constituir defensor, participar de acareações, reconhecimentos, ou seja, todos aqueles atos que o indivíduo pode ser valer para resistir à pretensão estatal. Aury Lopes Jr. traz como maior exemplo de tal princípio o interrogatório, seja judicial, seja policial, desde que, é claro, efetivado de forma livre e espontânea, tratando-se realmente de um exercício do direito do réu.[17]

Em segundo lugar, tem-se o direito de exercer a autodefesa de forma negativa, isto é, omissiva. Esse surge quase como uma derivação do primeiro. A partir do momento que se observa o direito de se realizar determinados atos no sentido de resistir à pretensão punitiva estatal, como o interrogatório, percebe-se que, por consequência lógica, se for mais interessante à defesa do réu, esse tem o direito de não realizar determinado ato, e, por essa omissão, não pode sofrer qualquer prejuízo jurídico.[18]

2.2. O direito ao silêncio e a vedação à autoincriminação

Esse princípio garante ao sujeito passivo, qual seja, o réu, não poder sofrer nenhum tipo de prejuízo durante o curso do processo criminal por não auxiliar a acusação a produzir prova contra si mesmo, ou, então, por sustentar o silêncio durante um interrogatório.[19]

Esse direito ao silêncio é íntimo do princípio que veda a obrigação à autoincriminação, podendo este até mesmo ser extraído daquele. Se ninguém poderá ser forçado a produzir prova contra si mesmo, logo não se pode obrigar o réu a falar em um interrogatório, podendo ele dizer algo que o incrimine.

Essa garantia é tão imperativa que majoritariamente a doutrina entende que o acusado nem mesmo precisa comparecer ao interrogatório, ressalvados os casos previstos em lei, podendo optar se deseja ou não comparecer, sendo a ausência dele até uma forma de defesa (negativa) mais adequada do que o comparecimento.[20]

Tal princípio encontrou amparo inicialmente em âmbito internacional, na Convenção Americana sobre Direitos Humanos, mais conhecido como o Pacto de San José da

17. LOPES JR, Aury. *Direito processual penal*. 14. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2017. p. 101-102.
18. LOPES JR, Aury. *Direito processual penal*. 14. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2017. p. 103.
19. LOPES JR, Aury. *Direito processual penal*. 15. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 104.
20. CAPEZ, Fernando. *Curso de processo penal*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 225.

Costa Rica, em seu artigo 8º, 2., "g", que prescreve o: "direito de não ser obrigado a depor contra si mesma, nem a declarar-se culpada."[21]

Além disso, está previsto também expressamente na Constituição Federal brasileira, no art. 5º, ou seja, novamente um direito fundamental (nesse caso, claramente um direito de primeira geração, de resistência ao Estado), em seu inciso LXIII, que "o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado".[22]

Essencial ressaltar que, a partir de uma leitura superficial desse artigo constitucional, pode-se supor que o direito ao silêncio só se aplicaria ao preso, assim, alguém já condenado não poderia usufruir desse direito.

Contudo, é possível valer-se de um argumento *a fortiori* para solucionar essa dúvida. Se o réu preso, que tem seus direitos mitigados e relativizados, tem direito ao silêncio, *a fortiori* (com muito mais razão) o acusado em liberdade também deve ter a capacidade de gozar de tal garantia.[23] É esse também o entendimento de Thiago Bottino do Amaral que aduz, de forma magistral e incorrigível, que:

> "[...] a opção da literalidade indicaria que o novo conteúdo dessa garantia só estabelecia que não se poderia interpretar o silêncio em prejuízo da defesa do preso (seja em fase policial ou judicial). E no que tange ao suspeito, investigado, indiciado ou acusado solto? O silêncio deveria ser interpretado em seu desfavor? Essa limitação da garantia ao preso que tal interpretação do novo dispositivo constitucional poderia estabelecer evidenciou-se, desde logo, como inconsistente com a interpretação sistemática que exige homogeneidade e coerência interna no sistema jurídico.
>
> A seguir a tese de que o silêncio dos presos não gera prejuízos para sua defesa, mas o silêncio dos acusados soltos sim, criar-se-ia uma distinção nos procedimentos jurídicos baseada em critério absurdo, eis que o indivíduo não pode demandar do Estado que o prenda, nem mesmo ao argumento de que sua defesa tornar-se-ia mais ampla.
>
> Ademais, sendo o interrogatório na fase judicial um procedimento único, aplicável aos indivíduos presos ou em liberdade, fica fragilizada, em parte a tese de distingui-los no que tange ao direito de permanecer calado mencionado no novel dispositivo constitucional. Da mesma forma ocorreria no interrogatório em sede policial, eis que sujeito às mesmas regras do interrogatório na fase judicial.
>
> Assim, a interpretação sistemática apontaria em direção à ampliação da garantia de permanecer em silêncio para qualquer indivíduo submetido à procedimento investigatório

21. COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Convenção Americana sobre Direitos Humanos*. Disponível em: [www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm]. Acesso em: 12.03.2019.

22. BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. 55. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 10.

23. LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*. 15. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 104.

> (suspeito ou indiciado em inquérito policial) ou acusatório (réu em ação penal), de modo que seu silêncio não fosse interpretado em prejuízo da defesa."[24]

Após tal explanação formidável, torna-se quase impossível se estender além do exposto. Vê-se a aberração constitucional e legal que se criaria ao interpretar a norma constitucional estritamente, aplicando-a apenas aos réus presos. Faz totalmente necessária a intepretação sistemática da norma, não se tendo outra opção senão ampliá-la a todos os outros acusados, sob o risco de se criar uma distinção jurídica em que o réu preso (que conforme colocado anteriormente, tem seus direitos mitigados) tem direitos mais abrangentes e uma proteção maior do que de um acusado que está em liberdade, o que feriria profundamente diversos direitos protegidos constitucionalmente.

Por fim, para concluir esse pequeno compilado legal, explorando o âmbito convencional e constitucional, falta ainda o infraconstitucional. Tem-se então regulando o processo penal abaixo da Constituição Federal, o Código de Processo Penal, que por sua vez prevê o direito protegido também pelas outras cartas legais expostas. Em seu artigo 186, após a alteração dada pela Lei 10.792/03, tem-se que:

> "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."[25]

Tem-se então, em três esferas do ordenamento jurídico, seja ela convencional, seja constitucional, seja infraconstitucional, a previsão expressa do aludido direito ao silêncio, vedando, em todos os casos, a possibilidade de investigado/acusado ser obrigado a depor contra si mesmo.

Isso parece demonstrar o peso de tal princípio, visto que positivado em diferentes escalas, revela a preocupação do legislador em efetivar o princípio, sendo esse fundamental para o funcionamento pleno de um estado democrático de direito como o Brasil.

É possível falar, ao se analisar o ordenamento jurídico, em dois sentidos. Segundo Marina de Almeida Galvão, o sentido estrito garante apenas o direito de não se declarar sobre os fatos imputados, gerando quase uma confusão com o próprio direito ao silêncio.

---

24. AMARAL, Thiago Bottino do. *Do direito ao silêncio à garantia de vedação à autoincriminação:* o Supremo Tribunal Federal e a consolidação das garantias processuais penais. Tese (doutorado) – Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Departamento de Direito, 2008. p. 152-153. Disponível em: [www.maxwell.vrac.puc-rio.br/14970/14970_8.PDF]. Acesso em: 21.04.2019.

25. BRASIL. *Código de Processo Penal e Constituição Federal*. 58. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 51-52.

Já o sentido amplo, se refere aos documentos entregues.[26] Necessária apenas uma pequena correção de tal classificação, pois entende-se que o princípio em seu sentido amplo vai muito além de apenas declarações e documentos, abrangendo todos os meios de provas possíveis no processo penal brasileiro.

Entretanto, observa-se que não há a previsão direta do princípio da vedação à autoincriminação, ou seja, de seu sentido amplo, todavia, sobre isso tem-se que:

> "[...] se o cidadão não é obrigado a declarar-se culpado, não poderia ser ele obrigado a fornecer prova que o inculpasse. Esse raciocínio faz com que percebamos que o direito ao silêncio e à não autoincriminação estão incindivelmente ligados. Subtraindo do réu o direito ao silêncio, este estaria obrigado a pronunciar-se, revelando, por vezes, informações aptas a sua autoincriminação."[27]

Pode-se entender então que a mera inexistência de previsão expressa do referido princípio, tendo-se apenas a previsão em seu sentido estrito, de nada impede sua aplicação, pois, conforme mencionado em um outro momento, o próprio direito ao silêncio é derivado daquele, mais restrito, é claro, mas uma demonstra uma das facetas do *nemo tenetur se detegere*.

É também uma construção da doutrina nacional, que observando a situação brasileira, diferente da europeia, por exemplo, em que doutrina e jurisprudência são uníssonas acerca do princípio trabalhado, se viu na necessidade de extrair da autodefesa, presunção de inocência e outros preceitos constitucionais a garantia de não poder ser obrigado a produzir prova contra si mesmo, visto a aparente omissão dos legisladores brasileiros ao tratar do tema.[28]

É óbvio, não obstante, que não se trata de direito absoluto, como nenhum direito fundamental o é, cabendo a possibilidade de relativização em um caso concreto, diante de outro direito fundamental. A análise de tal circunstância, porém, será realizada em momento posterior, junto também à análise referente ao primeiro princípio trabalhado, qual seja, o da intimidade.

---

26. GALVÃO, Marina de Almeida. O dever de colaboração e o *nemo tenetur se ipsum accusare* no direito penal do ambiente. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 120, ano. 24, maio-jun. 2016. p. 105.

27. SILVA, Danni Sales. Da validade processual penal das provas obtidas em sites de relacionamento e a infiltração de agentes policiais no meio virtual. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 120, ano 24, maio-jun. 2016. p. 225.

28. SILVA, Danni Sales. Da validade processual penal das provas obtidas em sites de relacionamento e a infiltração de agentes policiais no meio virtual. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 120, ano 24, maio-jun. 2016. p. 225-226.

3. A prova ilícita no direito processual penal brasileiro

3.1. O lixo dentro do conceito de prova no processo penal

No processo criminal, assim como as outras esferas processuais no direito, pode-se destacar um objetivo característico da existência de tal instituto, sendo ele o convencimento do magistrado (ou do tribunal do júri, no caso de crimes dolosos contra a vida) acerca dos fatos em litígio.

Ocorre que esse convencimento deve ter como base, ao menos no que tange à análise fundamentada de um magistrado, a instrução probatória. Ou seja, em um processo criminal as provas são justamente aquilo que se utiliza para revelar uma suposta verdade, ainda que não seja uma que de fato condiz com a realidade, e que por fim determina que o juiz da causa decida em um sentido ou em outro. É tudo aquilo que se utiliza no convencimento do magistrado.[29]

É essa a previsão expressa do Código Processual Penal brasileiro que estabelece em seu artigo 155, *caput*, que:

> "O juiz formará sai convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas."[30]

Percebe-se na redação do dispositivo, então, que a convicção do julgador acerca dos fatos debatidos no procedimento deve ser construída na instrução probatória, ou seja, a partir da análise das provas produzidas. Nota-se também a questão de que a fundamentação da decisão deve necessariamente ser embasada de alguma maneira nas provas.

Notória então a importância da prova para o processo, levando em conta que o juiz apenas poderá decidir baseando-se em prova produzida durante a fase judicial, não podendo se basear, exclusivamente, em provas produzidas na fase extrajudicial. Tão essencial a prova é ao processo que o Título VII do CPP, que versa sobre as provas, se inicia no artigo 155 e termina apenas em seu artigo 250, isso sem falar nas provas atípicas, ou inominadas, que não possuem previsão legal.

É crucial, antes de tudo, porém, definir-se o que é prova no contexto do presente trabalho, visto sua multiplicidade de sentidos. É possível dar três sentidos, dentro do contexto processual, a tal vocábulo.

29. TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. *Curso de direito processual penal*. 13. ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2018. p. 609.

30. BRASIL. *Código de Processo Penal e Constituição Federal*. 58. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 46.

Um primeiro sentido, extremamente amplo, vai definir prova como todas as atividades realizadas pelo juiz da causa e pelas partes no caso concreto na reconstrução dos fatos que irão fundamental a decisão jurisdicional.[31]

Um segundo sentido dado é aquele em que prova seria o instrumento pelo qual as informações sobre os fatos são colocadas no contexto do processo, confundindo-se em sua definição com a de meios de prova.[32]

Já o terceiro sentido aduz, relacionando-se mais intimamente com o primeiro sentido, sendo inclusive, talvez, derivado deste, que a prova seria os resultados das atividades efetivadas pelo juiz e pelas partes.[33]

Apesar de os três conceitos estarem intrinsicamente ligados uns aos outros, já que é fato que seria difícil compreendê-los separadamente, opta-se por dar um enfoque maior ao primeiro sentido de prova. Isso se dá em virtude de que o que é pretendido neste trabalho é analisar as circunstâncias da utilização do lixo como forma de obtenção de meio de prova, sua validade e suas consequências.

Nestor Távora e Rosmar Rodrigues Alencar fazem interessante separação ao tratar sobre o assunto, colocando como meio de prova, chamando-o também de prova de 1º grau, todo aquele instrumento processual que se destina à produção de prova de forma direta, apenas dentro do processo e conduzida por um magistrado, sendo que "a prova se considera produzida quando vertida em linguagem adequada e carreada no processo". Já o "meio de obtenção de prova ou meio de investigação de prova", ou prova de 2º grau, seria a atividade ou a forma de se alcançar outras provas, no caso, as provas de 1º grau, por exemplo, uma interceptação telefônica, ou então a busca e apreensão de documentos.[34]

Entende-se que a situação da análise do lixo se enquadra mais apropriadamente na segunda definição, visto que por si só o lixo, ao menos na maioria dos casos, não provaria nada (valendo-se do primeiro conceito de Távora e Alencar), mas a análise daquilo que fosse encontrado seria sim um meio de prova. Ou seja, a análise do lixo seria um instrumento para que fossem alcançadas outras provas, citando algumas, por exemplo, um guardanapo em que conste informações genéticas do acusado, podendo ser periciado, ou então algum documento que demonstre alguma atividade ilícita realizada pelo réu.

31. GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Direito à prova no processo penal*. São Paulo: Ed. RT, 1997. p. 41.

32. GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Direito à prova no processo penal*. São Paulo: Ed. RT, 1997. p. 41.

33. GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Direito à prova no processo penal*. São Paulo: Ed. RT, 1997. p. 41-42.

34. TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. *Curso de direito processual penal*. 13. ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2018. p. 610.

3.2. A prova ilícita e o possível enquadramento do lixo como tal

É notável que no direito processual, com enfoque na seara penal, prova ilícita é uma daquelas questões, na falta de uma expressão melhor em português, "taken for granted". Ou seja, é uma das coisas que muitos dos que estudam ou então trabalham com o direito criminal não dão o valor adequado, é algo que pressupõem como óbvio e deixam de dar a devida atenção. Contudo, julga-se essencial construir um conceito sobre o tema, visto que, apesar de parecer, *a priori*, algo simples, trata-se de questão extremamente complexa.

Existe um conceito, no mínimo interessante, que Antônio Magalhães Gomes Filho traz que ele intitula como o "método probatório judiciário", em que estabelece que a função do magistrado não se trata apenas de conhecer dos fatos de maneira indiscriminada e proferir decisão ao final desse conhecimento. Ele teria então uma função de garantidor tanto do direito das partes quanto da própria legitimação jurisdicional, valendo-se de uma série de limitações como ao objeto da prova, aos meios pelos quais são obtidos, ou então estabelece os procedimentos pelos quais são obtidas as provas ou os critérios de valoração em uma eventual decisão.[35]

Parece ser quase óbvia a necessidade, e, além disso, o dever do órgão jurisdicional de observar o "método" exposto no parágrafo anterior. Isso se dá pois não teria qualquer legitimidade a decisão que não observasse as limitações impostas pelo ordenamento jurídico. Em outras palavras, especialmente no âmbito penal, o qual tem como uma de suas funções primordiais a reparação de uma afronta ao ordenamento causada por uma conduta ilícita, seria ilógico o Estado, sob a justificativa de punir o indivíduo, agir ele também violando a ordem jurídica.[36]

Falta ainda a definição do que seria então a prova ilícita. Antes de entrar nesse mérito, é fundamental expor que há uma classificação observada pela maior parte dos doutrinadores, pois dentro de prova ilícita, *lato sensu*, existem duas espécies, quais sejam, a prova ilícita *stricto sensu* e a prova ilegítima.

No que tange à prova ilícita em seu sentido estrito, verifica-se que são todas aquelas provas obtidas com violação a normas de direito material, em especial as de cunho constitucional[37], por exemplo, a intimidade ou então o direito ao silêncio/vedação a autoincriminação, ambos os princípios já referenciados neste texto. Não obsta, porém, que sejam consideradas como ilícitas as provas obtidas mediante afronta a normas de caráter

35. GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Direito à prova no processo penal*. São Paulo: Ed. RT, 1997. p. 91-93.

36. GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Direito à prova no processo penal*. São Paulo: Ed. RT, 1997. P .98-99.

37. AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. *Provas ilícitas:* interceptações telefônicas, ambientais e gravações clandestinas. 3. ed. São Paulo: Ed. RT, 2003. p. 43.

infraconstitucional. Seria uma vedação de natureza substancial, ou seja, aquela colocada pelo Estado em razão dos direitos que cada indivíduo possui.[38]

Já as provas ilegítimas são aquelas que violam alguma norma de direito processual, ou seja, é uma vedação de natureza processual à instrução probatória. Isso se deve em razão de uma expectativa lógica e a partir da observação da finalidade do processo criminal.[39]

É possível então chegar a uma definição simplificada do que seria a prova ilícita a partir do exposto. Tal prova seria toda aquela prova derivada de um ato ilícito, isto é, toda aquela prova produzida mediante violação de alguma norma jurídica presente em nosso ordenamento, não podendo, ao menos de uma maneira geral, serem utilizadas no processo sem que o contamine.

Contudo, como quase tudo em matéria de direito, existem exceções a essa regra. Por exemplo, tem-se a teoria do encontro fortuito de prova. Segunda essa teoria, se, por exemplo, durante o cumprimento de um mandado de busca e apreensão, forem encontradas provas de um crime diverso daquele investigado inicialmente, poderiam essas ser utilizadas em um processo judicial ou eventual inquérito policial, a depender do caso concreto.[40]

Tal questão, entretanto, não é pacífica, ao menos na doutrina, pois apesar de ser o entendimento jurisprudencial do STJ, autores como Aury Lopes Jr., junto àqueles que têm uma visão mais garantista do processo penal, entendem não ser aplicável tal princípio no Brasil, seja completamente, ou ao menos, com algumas ressalvas.[41] Assim como essa, existem outras discussões, outras teorias de admissibilidade de provas ilícitas, como a teoria das fontes independentes, da boa-fé, das excludentes de ilicitude, enfim, basta apenas saber que é possível a relativização de tal admissibilidade.

Pode-se perguntar então, de que forma a questão do lixo se relaciona com a matéria de prova ilícita? Diante do já apresentado no presente trabalho, parece ser óbvia a resposta para tal questionamento. Se, em um caso concreto, determinada prova for produzida mediante a violação de uma alegada intimidade, pode ser considerada ilícita. E, como já colocado aqui, o lixo traz uma esfera de intimidade. Portanto, logicamente, o lixo, no que tange à violação da esfera da intimidade, pode ser interpretado como uma prova ilícita.

Do mesmo modo, tal interpretação também pode ser aplicada ao outro princípio já estudado, qual seja, o *nemo tenetur se detegere*. Se, em uma determinada situação concreta, na produção da prova for considerado que o réu foi obrigado a produzir prova contra si mesmo, pode ser considerada tal prova como ilícita.

---

38. GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarance. *As nulidades no processo penal*. 12. ed. São Paulo: Ed. RT, 2011. p. 126.

39. GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarance. *As nulidades no processo penal*. 12. ed. São Paulo: Ed. RT, 2011. p. 126-127.

40. TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. *Curso de direito processual penal*. 11. ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2016. p. 635-637.

41. LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*. 14. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2017. p. 384-388.

Trata-se de apenas alguns exemplos, que podem ser enxergados no presente trabalho, mas faz-se a ressalva de que o lixo pode ser fonte de prova de diversas formas, ensejando eventuais violações a normas, que por si gerariam as provas ilícitas. Isso, porque seria impossível tentar trazer todas as possibilidades de enfretamento da questão, daí a opção de delimitar algumas delas para o presente trabalho.

4. A (in)validade de provas encontradas no lixo no processo penal sob diferentes enfoques

Foi colocado como objeto do presente texto a análise do lixo dentro do processo penal, especificamente sua utilização da produção de provas. Esse uso enseja diversas questões, entre elas, a problemática de uma eventual violação de normas constitucionais ou infraconstitucionais ao realizar tal atividade.

Como estabelecido previamente, dois princípios parecem ser aqueles que seriam mais fragilizados com a produção de prova através do lixo, quais sejam, o princípio da intimidade e o princípio da vedação à autoincriminação.

Contudo, é difícil determinar, entretanto, a validade ou a invalidade, a aplicação ou a não aplicação de determinado princípio ou instituto fazendo uma análise em abstrato, fazendo um sopesamento e uma relativização, sem observar sua aplicação em situações concretas.

Portanto, passa-se a uma análise de três situações hipotéticas e genéricas, mas que serão utilizadas a fim de que o tema seja enfrentado de modo a tornar claro como deve ser interpretado diante de eventuais casos concretos que envolvam o lixo como instrumento probatório.

São elas: a hipótese de análise do lixo que se encontra em local público ou de acesso público; a do lixo que se encontra dentro do domicílio; por fim, a utilização do lixo produzido por réu preso no processo criminal.

Necessário, contudo, antes de entrar na análise específica de cada situação, fazer a ressalva de que não se pretende estabelecer respostas prévias ao problema, engessando, desse modo, futuros casos concreto. O que se busca na realidade é estabelecer parâmetros de análise da questão do lixo, servindo como norteador de eventuais questões discutidas em um processo.

4.1. O lixo encontrado em local público ou de acesso ao público

Passa-se então a enfrentar a primeira situação estabelecida. O que irá se analisar, portanto, a partir deste momento, é a validade ou a invalidade das provas encontradas no lixo que se encontra em local público, por exemplo, uma rua, uma praça ou então daquele que se encontrava em local de acesso ao público, isto é, aqueles lugares não públicos, mas que o acesso e trânsito de pessoas é garantido livremente, como nos *shopping centers*.

Conforme já explicitado no presente trabalho, entende-se por lixo aqueles objetos "jogados fora", aquilo que não tem mais utilidade àquele que o produziu ou que tem sob sua posse.[42] Ou seja, são objetos ou coisas descartadas.

São exemplo de tais situações, no contexto trabalhado no presente subcapítulo, quando o indivíduo se desfaz de coisa em lixeira pública, ou de uso público, ou então quando o sujeito, apesar de não se valer das situações anteriores, coloca o lixo produzido em seu domicílio ou estabelecimento comercial em local destinado à coleta de lixo pelo Estado.

Nessas situações, é possível fazer alusão a um instituto da perda de propriedade, ou seja, necessário se remeter ao Código Civil Brasileiro que prevê o abandono como causa de perda, em seu artigo 1.275, inciso III.[43] Todavia, o supracitado Código traz apenas genericamente, fazendo jus à uma definição. Sobre o conceito de abandono tem-se:

> "Ato material pelo qual o proprietário desfaz-se da coisa porque não quer mais ser seu dono. Por não ser um ato expresso como a renúncia, o abandono ou derrelição (derelição) deve resultar de atos exteriores que atestem a manifesta intenção de abandonar, sendo insuficiente o mero desprezo físico pela coisa, se não acompanhado de sinais evidentes do ânimo de abdicar da propriedade. Em outras palavras, o mero desuso não importa em abandono; fundamental é a sua conjugação ao elemento psíquico, na perquirição do real interesse do titular de se desfazer da propriedade."[44]

Ao analisar tal definição de coisa abandonada, fica claro que o indivíduo, ao descartar determinada coisa em lixeira pública (ou, novamente, de acesso ao público), ou então colocar seu lixo para que seja recolhido pelo Estado, para aterro sanitário, ou local de natureza semelhante, está efetivamente abandonando a coisa, ensejando a perda da propriedade.

Isto é, o ato do descarte não é, como trazido pelos doutrinadores supracitados, um mero desuso ou desinteresse pela coisa, e sim um ato expresso de abdicação daquela propriedade. Assim, a partir do momento em que o indivíduo realiza um ato expresso, como jogar algo em uma lixeira, deixa de ser dono daquilo.

Essa reflexão acerca da perda ou não da propriedade a princípio pode parecer injustificada ou desnecessária, contudo, tem grande relevância dentro da questão debatida.

---

42. BUENO, Silveira. *Silveira Bueno:* minidicionário da língua portuguesa. 2. ed. São Paulo: FTD, 2007. p. 476.

43. "Art. 1.275. Além das causas consideradas neste Código, perde-se a propriedade: (...) III – por abandono."

44. FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil:* direitos reais. 14. ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2018. p. 521.

Pensa-se na hipótese de o réu alegar uma nulidade processual pela utilização de prova ilícita. Isso se dá pois, novamente, tal prova é dada pela violação de uma norma de direito material[45].

Tal afronta seria então ao direito à propriedade, previsto de forma mais evidente no artigo 5º, *caput* e incisos, como o XXII, da Constituição Federal[46] e no artigo 1.226 e seguintes do Código Civil Brasileiro[47], pois poderia estar o Estado se apropriando de bem particular de forma ilegal, ou qualquer outra fundamentação que envolva o atentado a tal instituto.

Ocorre que, como pôde ser visto, na hipótese trabalhada, ou seja, em que haja o descarte público, ocorre a perda de propriedade do indivíduo pelo abandono da coisa. Dessa maneira, o lixo deixa de ser propriedade desse sujeito, não podendo se falar e alegar uma violação à propriedade e consequentemente uma nulidade processual decorrente de tal situação.

Superada a questão relacionada à propriedade, surge um outro ponto de debate, a validade de provas encontradas no lixo sob a perspectiva de uma eventual violação ao princípio da intimidade.

Tem-se que a intimidade pressupõe o desejo do indivíduo de não ter determinadas informações disponibilizadas ao público em geral[48], isto é, a pretensão do controle do conhecimento geral de dados os quais têm a intenção de manter em sigilo de todos, ou, então, de conhecimento de terceiros específicos. Desse princípio surgem dois pontos que precisam ser analisados.

Um ponto é que apesar de estar amparado por normas de origem convencional e constitucional, deve-se analisar em que medida o princípio da inviolabilidade da intimidade seria afrontado quando obtida uma prova através da investigação do lixo de um indivíduo, tendo em vista que esse tem a ciência de que existe uma grande possibilidade de que seu descarte chegue a terceiros.

Entende-se que a parcela da intimidade que se espera encontrar no lixo é mínima. Isto é, não há a expectativa real de se encontrar algo realmente íntimo e particular em uma lixeira, considerando a natureza de tal coisa.

É fato notório em nossa sociedade que o lixo tem, majoritariamente, duas destinações, ou aterros sanitários ou locais onde se realiza reciclagem dos materiais descartados.

---

45. AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. *Provas ilícitas:* interceptações telefônicas, ambientais e gravações clandestinas. 3. ed. São Paulo: Ed. RT, 2003.

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

47. Art. 1.228. O proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha.

48. MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 13. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

Em ambos os lugares, tem-se uma presunção que o lixo produzido será aberto e explorado, seja por profissionais da reciclagem, seja por aqueles que, infelizmente, dependem de procurar no resto de outros os meios de sua sobrevivência.

Dessa maneira, se um indivíduo quer proteger algo do conhecimento de terceiros, conclui-se que não descartaria em algo que iria ao público, assim, sendo a parcela da intimidade contida ali irrisória, pois seria algo que se presume que chegue ao conhecimento público, ainda que o indivíduo que descartou determinada coisa não queira tal desfecho.

Assim, entendendo como correta a referida presunção, se o indivíduo consentiu, ainda que não expressamente, que terceiros (até indesejados) acessassem uma eventual intimidade, não há razão para que Estado também não se valha da mesma condição, até porque, inclusive, esse pode fazer uso de provas obtidas por particulares na persecução penal, desde que não seja uma prova ilícita.

Um outro ponto, que acaba por ser derivado do primeiro, colocado anteriormente, é que se compreende que, fazendo uma analogia com a já explicada problemática da propriedade, o indivíduo, ao descartar algo, estaria abdicando, além desse direito, ao direito à intimidade.

Isso se dá pois, tem-se a presunção, mais uma vez, de que provavelmente esse lixo irá alcançar a terceiros, e, ainda assim, o indivíduo realizou tal ato. Assim, mesmo tendo essa ciência, sabendo da real possiblidade do conhecimento indesejado de indivíduos sobre uma informação, descartou algo, abdicando de forma expressa o seu direito à intimidade.

É ainda mais óbvia essa renúncia quando se percebe que o sujeito abandonou a coisa em local público, dando a possibilidade de que qualquer pessoa se tornasse proprietária daquela fonte de informação. Assim, um transeunte que passasse pela calçada onde um eventual réu deposita seu lixo para recolhimento, poderia, sem quaisquer problemas, o tomar para si. Da mesma forma o Estado (que por sinal já faz o recolhimento do lixo por questão de saúde pública, entre outros direitos) poderia recolhê-lo e utilizá-lo em um processo.

4.2. O lixo encontrado dentro do domicílio

Passa-se agora à análise da segunda situação estabelecida anteriormente, isto é, a utilização de provas encontradas no lixo dentro de um domicílio. Antes de entrar na análise da validade de tal circunstância, necessária uma breve abordagem sobre a questão do domicílio em si, a fim de que o subsequente estudo se torne mais compreensível.

Não é possível que se inicie a discussão sem que antes se apresente a previsão normativa referente ao domicílio. Vê-se que a sua inviolabilidade é princípio e direito fundamental previsto na Carta Magna brasileira em seu artigo 5º, inciso XI, o qual tem a seguinte redação:

> "Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:
>
> (...)
>
> XI – a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial;"[49]

Faz-se uma primeira ressalva ao analisar esse dispositivo constitucional de que "casa" é um termo muito mais abrangente do que aparenta ser, a partir de uma leitura superficial do texto. Assim, não deve causar estranheza o fato de que a proteção ao domicílio é extraída dessa norma.

O termo "casa" então exprime alguns significados, são eles "a) qualquer compartimento habitado; b) aposento ocupado de habitação coletiva; c) compartimento não aberto ao público, onde alguém exerce profissão ou atividade."[50]

A importância da integridade do domicílio é tamanha que o legislador optou por prever em âmbito penal um crime apenas para tratar da violação ao domicílio, no art. 150 do Código Penal[51]. É inclusive do § 4º[52] de tal dispositivo que se extrai o conceito de casa, expandindo-o para muito além da residência do indivíduo.

Chama-se especial atenção ao entendimento de José Afonso da Silva[53] que ensina que a presente garantia constitucional tem como fundamento, como objetivo, a proteção da intimidade, da vida privada do indivíduo. É também esse o entendimento de Marco Antonio de Barros[54], o qual ainda acrescenta que de tão importante que a privacidade é para a "casa" criou-se o tipo penal citado anteriormente. Ingo Wolfgang Sarlet[55], amparando tudo isso e indo além, doutrina que até mesmo se a ocupação for temporária ou provisória, não precisando nem mesmo ser fixa (uma barraca por exemplo), se for

---

49. BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. 55. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 3-5.
50. BARROS, Marco Antonio de. *A busca da verdade no processo penal*. São Paulo: Ed. RT, 2002. p. 224.
51. Art. 150. Entrar ou permanecer, clandestina ou astuciosamente, ou contra a vontade expressa ou tácita de quem de direito, em casa alheia ou em suas dependências:
52. § 4º A expressão "casa" compreende:
    I – qualquer compartimento habitado;
    II – aposento ocupado de habitação coletiva;
    III – compartimento não aberto ao público, onde alguém exerce profissão ou atividade.
53. SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 38. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2015. p. 440.
54. BARROS, Marco Antonio de. *A busca da verdade no processo penal*. São Paulo: Ed. RT, 2002. p. 224.
55. SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. 7. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 464-465.

caracterizada a necessidade de proteção da privacidade, resta configurado o domicílio e, consequentemente, sua inviolabilidade.

Nenhuma garantia fundamental, contudo, é absoluta. De maneira geral, porém, sua relativização é feita diante de situação concretas. Não é o caso da inviolabilidade do domicílio, a qual tem sua relativização e supressão previstas expressamente pela norma constitucional brasileira.

São os casos de flagrante delito ou desastre, ou então, para prestar socorro a alguém que esteja necessitando de ajuda e, por fim, sendo de interesse deste trabalho, por determinação judicial, durante o dia, que para fins criminais se estende das 6 horas da manhã até as 18 horas da tarde[56].

Com relação ao momento de cumprimento da determinação judicial, Nucci[57] irá defender que não se deve optar por valores fixos, mas sim valer-se do período que medeia o dia e a noite. Apesar dessa opção ter uma base argumentativa boa, considerando, por exemplo, a extensão territorial brasileira e os diferentes momentos de nascer e pôr do sol, porém, não parece ser a mais adequada, considerando que as definições de quando se inicia o dia e a noite são um tanto subjetivos, ensejando interpretações diferentes. Assim, visando a garantia dos direitos individuais e, principalmente, segurança jurídica, opta-se pela primeira definição trazida.

É possível perceber, desse modo, que a vedação à violação do domicílio do indivíduo tem um objetivo claro, qual seja, como demonstrado, a proteção de sua vida privada. Fato é também que, a própria Carta constitucional fez a previsão de algumas possibilidades de supressão de tal garantia.

Observa-se então que, utilizando-se de um raciocínio lógico um tanto simples, a própria norma constitucional, no que tange ao domicílio e à esfera de privacidade que esse contém, prevê a supressão do direito a intimidade, desde que adequada a uma das hipóteses elencadas.

Dessa forma, não há de se falar em violação à intimidade quando ocorre a entrada no domicílio, ainda que contra a vontade do indivíduo, desde que respeitados os critérios para que se ocorra o cumprimento da ordem judicial.

No processo criminal, para fins de produção de prova, tem-se como um dos principais institutos a busca e apreensão, prevista no artigo 240 e seguintes do Código de Processo Penal brasileiro. No presente contexto, chama-se maior atenção às alíneas "e" e "h" do § 1º do art. 240[58], pois tratam, esses diretamente, da produção de prova.

---

56. SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 38. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2015. p. 440.

57. NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de processo penal e execução penal*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 475.

58. § 1º Proceder-se-á à busca domiciliar, quando fundadas razões a autorizarem, para:
(...)
e) descobrir objetos necessários à prova de infração ou à defesa do réu;

O Código também elenca diversos critérios de legitimidade da busca e apreensão, inclusive, especificamente, domiciliar, vide art. 245 do CPP[59]. Não se faz necessário no presente trabalho explorar cada um desses requisitos, bastando saber que, desde que observadas, portanto, as formalidades legais, não há qualquer restrição para a aplicação do instituto.

Necessária também a discussão, ainda que breve, da possibilidade do indivíduo se valer do princípio do *nemo tenetur se detegere*. Concorda-se com Nucci nesse ponto[60], pois, ainda que não possa ser obrigado a produzir prova contra si mesmo (e justamente por isso), tem o Estado a obrigação de realizar a produção de provas por sua conta. Não tem o indivíduo, assim, o direito de impedir a atuação estatal, desde que, é claro, esteja baseada em ordem judicial válida.

Considerando o ingresso válido no domicílio do réu, passa-se à análise das outras circunstâncias comuns à prova encontrada no lixo em local público. No que se refere à questão da propriedade, entende-se que, ainda que se esteja dentro do domicílio, a situação é a mesma.

Valendo-se da definição da caracterização de abandono trazida no subitem anterior, isto é, quando ocorre um ato expresso de abdicação da propriedade, percebe-se que jogar algo no lixo, mesmo que de sua "casa", ainda caracteriza tal situação. Não é o fato de que o ato não tenha sido cometido em público que retira sua natureza de perda da propriedade.

Isso pode ser demonstrado, em uma situação em que, por exemplo, uma empregada doméstica pode tomar para si algo encontrado no lixo do domicílio de seu patrão sem que incorra no crime de furto. Isso só é possível pois entende-se, para fins penais, que aquela coisa não pertence mais a ninguém, sendo coisa abandonada, não podendo ser objeto de subtração.[61]

Do mesmo modo que deve ser aplicada a mesma lógica da propriedade na hipótese do lixo em local público à situação domiciliar, o mesmo ocorre em relação à questão da proteção à intimidade.

Percebe-se novamente que, não há uma intimidade significativa no lixo. Isso se dá pela natureza de tal coisa, sendo local de descarte de coisas sem utilidade (ao menos

(...)

h) colher qualquer elemento de convicção.

59. Art. 245. As buscas domiciliares serão executadas de dia, salvo se o morador consentir que se realizem à noite, e, antes de penetrarem na casa, os executores mostrarão e lerão o mandado ao morador, ou a quem o represente, intimando-o, em seguida, a abrir a porta.

60. NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de processo penal e execução penal*. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. *E-book*. Não paginado.

61. BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal:* parte especial 3: crimes contra o patrimônio até crimes contra o sentimento religioso e contra o respeito aos mortos. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 42-43.

para aquele que joga algo fora) e pela expectativa que se tem de que o objeto descartado chegue ao conhecimento de terceiros.

Mais uma vez também, observa-se que o ato de descarte, além de uma abdicação àquela propriedade, enseja também o entendimento de que o indivíduo está abdicando, do mesmo modo, daquela esfera de intimidade, considerando outra vez a expectativa que se tem de que aquele material alcance o conhecimento de terceiros indesejados.

A situação do domicílio, porém, tem um aspecto diferente, mas que reforça a não violação da intimidade. Tendo em vista que a garantia da inviolabilidade do domicílio visa à proteção da vida privada e que a Constituição brasileira previu hipóteses de supressão da garantia, é possível constatar então que o simples fato de se estar realizando a busca e apreensão de forma legal e amparada por ordem judicial já caracterizaria a impossibilidade de se configurar a produção de uma prova de forma ilícita.

Diante de todo o exposto, é possível concluir que, desde que sejam observados os critérios e os requisitos de uma busca e apreensão domiciliar válida, não há de se falar em violação do domicílio, da propriedade e muito menos da intimidade e da vida privada do indivíduo.

4.3. A utilização do lixo produzido por réu preso no processo criminal

Passa-se então a tratar da última situação que se pretende analisar no presente trabalho, qual seja, a possibilidade de utilização do lixo produzido por réu preso como fonte probatória no processo penal.

A prisão trata-se basicamente, de maneira geral (sem especificar no que tange a prisões cautelares/provisórias e a referente ao cumprimento da pena), da privação do direito fundamental à liberdade, da limitação do direito de ir e vir.[62]

Existem várias diferenças nos institutos de prisões processuais, isto é, aquelas previstas no Código de Processo Penal brasileiro e aquelas referentes ao cumprimento da pena, no caso, aquelas previstas no Código Penal brasileiro. Não se fará, contudo, tal diferenciação neste trabalho, devido à sua desnecessidade, pois o que realmente é de interesse são os direitos suprimidos ou não quando o indivíduo se encontra em cárcere, pouco importando qual instituto está sendo aplicado.

A prisão está prevista na Constituição do Brasil no art. 5º, inciso LXI, com a seguinte redação:

62. NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de processo penal e execução penal*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 520.

> "LXI – ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei;"[63]

Os incisos seguintes a esse trazem ainda a formalização de como a prisão deve ocorrer. Dessa forma, a prisão prevista constitucionalmente permite a relativização de alguns direitos fundamentais, a começar, obviamente, pelo direito fundamental à liberdade.

Passa-se a avaliar então, outros princípios, como os já vistos nos subitens anteriores, que serão necessários para avaliar a (in)validade da prova encontrada no lixo do réu preso.

Primeiramente, necessária nova reflexão acerca do direito à propriedade. É notável que a propriedade individual dentro de um estabelecimento prisional é mínima. Isso se dá, pois, a maior parte dos objetos, se não todos, que se encontram na posse dos presos são cedidos pelo Estado. Dessa forma, a discussão da propriedade dentro do presente contexto é quase irrelevante.

Ainda assim, em um eventual caso em que se debata a questão da propriedade, deve-se encarar da mesma forma que foi analisado nos subitens anteriores. Dessa maneira, o ato do descarte, ou seja, de jogar algo fora é, mais uma vez, um ato de abdicação da propriedade, e, assim, não há de se falar que um eventual objeto utilizado como meio de prova, através do lixo, é propriedade do réu, ensejando a caracterização de uma prova ilícita.

Ao se examinar a questão da intimidade, a situação tem um desdobramento a mais, contudo, o resultado que se alcança é o mesmo. Assim, tem-se que aquilo descartado se trata de uma parte mínima, irrelevante, da esfera de intimidade do sujeito, considerando a natureza do lixo.

Além disso, tem-se uma abdicação dessa esfera (mínima) da intimidade. Ou seja, assim como nas outras situações trabalhadas, tem-se o entendimento de que, ao descartar algo, espera-se que alcance o conhecimento de terceiros, interpretando tal ato como uma renúncia ao direito à privacidade.

É possível argumentar que o preso não tem outra opção a não ser descartar algumas coisas, estando em um ambiente controlado e limitado (essa discussão se fará importante mais à frente quando for feita a análise), contudo, conclui-se que aquilo que carrega uma intimidade relevante não seria descartado pelo preso, e, assim, o que fosse jogado no lixo não abrange esfera relevante da privacidade daquele indivíduo, ou, ao menos, ele abdicou daquela parcela.

O desdobramento específico dessa situação, que reforça a ideia de que não se terá uma violação à intimidade é que, a prisão, seja ela qual for, restringe não apenas ao direito de liberdade, mas tem como característica inerente a ela uma supressão ao direito de intimidade.

63. BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. 55. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 10.

Isso pode ser observado facilmente, analisando-se como se estabelece uma vida no cárcere. Tem-se, na maior parte dos casos, a prisão em celas em que existem mais de um preso (não solitárias), ou seja, ainda que não se queira revelar sua intimidade aos outros presos, o indivíduo não tem essa opção. Pode ser observado também que os presos estão sob constante vigia dos agentes prisionais, ou seja, essa permanente vigilância de seus atos caracteriza uma clara supressão, inerente à prisão, do direito à intimidade.

Portanto, é possível estabelecer que tal direito, assim como nas situações anteriores, não é violado quando se obtém uma prova através da análise do lixo, ainda que em um âmbito de cárcere.

Ultrapassado o debate sobre a garantia supracitada, entra-se na última discussão que se entende relevante no presente texto, qual seja, a possibilidade de se violar o princípio do *nemo tenetur se detegere*.

Como visto em um primeiro momento, a Constituição Federal brasileira trouxe expressamente o direito ao silêncio em seu art. 5º, inciso LXIII[64], estabelecendo, especificamente, que é uma garantia do preso, apesar de que de nenhuma maneira pode ser limitada ao réu preso. Ainda assim, percebe-se a importância que a Carta Magna dá a tal direito no contexto da prisão.

Foi traçado também que o direito ao silêncio se trata apenas de uma das esferas do princípio que veda ao Estado que force o indivíduo a se autoincriminar. Mesmo que não haja a previsão expressa, nada impede sua utilização no processo penal, visto que pode ser extraído de diversos outros dispositivos constitucionais, como o supramencionado, ou então o direito constitucional à ampla defesa.[65] Faz-se o seguinte questionamento então: feriria o princípio do *nemo tenetur se detegere* a utilização de prova produzida por réu preso?

Para responder tal questionamento são necessárias algumas reflexões. Primeiramente, percebe-se que o indivíduo preso está sob a tutela direta do Estado. Isto é, o preso está sob responsabilidade direta do aparelho estatal. Isso significa que tudo aquilo que o preso necessita é justamente o Estado que deverá fornecer.

Dessa maneira, inevitavelmente, tudo aquilo que o preso consumir e necessitar deverá ser fornecido pelo ente estatal, por exemplo, comida, água, roupas, cama, entre outros itens básicos necessários para uma existência digna. Do mesmo modo o Estado é também responsável por tudo aquilo produzido nos estabelecimentos prisionais, isso inclui, principalmente, o lixo produzido, tanto pelos agentes quanto por aqueles em situação de cárcere.

64. 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.

65. SILVA, Danni Sales. Da validade processual penal das provas obtidas em sites de relacionamento e a infiltração de agentes policiais no meio virtual. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 120, ano. 24, maio-jun. 2016. p. 225-226.

Basicamente, então, todo o lixo produzido pelo indivíduo nessa situação vai, necessariamente, ser entregue ao Estado, querendo o preso ou não. Ou seja, se eventual objeto, que necessita ser descartado eventualmente, contiver uma prova, o preso, para não produzir prova contra si mesmo, deveria guardar tudo em sua cela?

Para tornar a questão mais clara, faz-se uso de um exemplo. Supondo então uma escova de dentes, fornecida pelo Estado ao preso (logo não há de se falar em propriedade do preso, muito menos em intimidade) e que depois de semanas de uso encontra-se em estado deplorável, não restando outra opção ao preso senão descartá-la, ainda que nela existe seu material genético, podendo ser usado em prova pericial.

Torna-se lúcido ao analisar tal situação que haveria então, de fato, uma violação ao princípio que veda que o réu seja obrigado a se autoincriminar, visto que não há outra medida razoável que se espere do réu senão descartar tal item. Ora, não seria cabível defender que o réu guarde tudo aquilo que produz de lixo (inclusive objetos de higiene pessoal) eternamente consigo.

Em resumo, o Estado, ao prender o indivíduo, o toma sob sua guarda e estabelece que tudo aquilo que ele produzir de lixo sob sua tutela será coletado e administrado por ele. Assim, se o indivíduo gerar um objeto que deva ser descartado (uma escova de dentes, como no exemplo) e que o incrimine, esse será necessariamente tomado pelo Estado.

Fica claro, sob essa ótica, que o indivíduo estaria sendo obrigado a produzir prova contra si mesmo, a partir do momento em que é colocado em cárcere, e, consequentemente, a utilização de tal prova em juízo configuraria então a caracterização de uma prova ilícita.

Poder-se-ia argumentar que pode ser utilizado o princípio da razoabilidade (ou proporcionalidade) para sanar tal vício na produção da prova, visto que existiria um interesse público em jogo que justificaria a utilização de tal prova, em detrimento do interesse privado do preso.

Segue-se, todavia, o entendimento de Aury Lopes Jr.[66], que é também o de Nestor Távora e Rosmar Rodrigues Alencar[67], entre outros autores, de que o princípio da razoabilidade só deve ser utilizado em favor do réu, visto que nada justificaria condenar um inocente. Dessa forma, a proporcionalidade nunca deve ser utilizada em desfavor do réu, isto é, de forma que acarrete em sua condenação, isso porque se fosse o caso (levando em conta ainda que tal princípio tem sido usado de forma indiscriminada para se impor um entendimento) de ser utilizado amplamente, o julgador poderia se valer sempre de impor um suposto interesse público em detrimento do privado, permitindo violações indiscriminadas a direitos fundamentais.

Mas, ainda que se utilizasse de tal teoria objetivando o uso de tal prova no processo, parece que de qualquer modo tal situação não seria cabível, visto que, mesmo usando o

66. LOPES JR, Aury. *Direito processual penal*. 15. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 396-400.

67. TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. *Curso de direito processual penal*. 11. ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2016. p. 632-634.

princípio da proporcionalidade, não é razoável esperar outra ação do réu senão se desfazer daqueles objetos que necessitam ser descartados. De outro modo, é possível ao Estado produzir provas de outras formas que não ensejem a violação de direitos do acusado.

Nesse sentido, é possível concluir através da análise da situação do réu preso que, apesar da utilização de prova encontrada no lixo não ensejar a caracterização de prova ilícita pela violação da intimidade e da propriedade, ao menos em regra, a possibilidade de que se viole o princípio que veda que se obrigue o preso a se autoincriminar é imensa, marcando então a ilicitude de tal prova.

Conclusão

O objetivo do presente trabalho é determinar a validade ou invalidade de provas processuais penais obtidas através da análise do lixo do acusado. Para tanto, foram construídos diversos conceitos, a fim de que pudesse ser possível alcançar a resposta para o questionamento supracitado, bem como para que se facilitasse o entendimento da questão.

Assim, foram estabelecidas três situações concretas, ainda que gerais, objetivando uma análise mais clara e mais direta do tema. São elas: a possibilidade de utilização de prova encontrada em lixo em local público, ou, ao menos, que tenha acesso ao público; a segunda hipótese foi a daquele lixo encontrado dentro de um domicílio e, por fim, a situação em que se valesse de prova encontrada no lixo de um acusado em situação de cárcere.

Ao ser analisada a primeira situação, conclui-se que é válida a prova obtida através da investigação do lixo, levando em conta os direitos à propriedade e intimidade do indivíduo. Isto porque a partir do momento em que a coisa é jogada no lixo entende-se pela perda da propriedade, considerando o ato expresso de abdicação de tal direito. Do mesmo modo, não há violação à intimidade do indivíduo, considerando, primeiramente, a natureza do lixo, e, em segundo lugar, o ato expresso de renúncia, além da propriedade, daquela esfera de intimidade do sujeito.

No que tange ao domicílio, a situação é um pouco mais grave, considerando que envolve também a inviolabilidade da "casa". Contudo, foi possível, utilizando do mesmo raciocínio da primeira situação, estabelecer a validade da prova obtida em tal situação, desde que observadas as particularidades do domicílio, como a necessidade de um mandado de busca e apreensão por exemplo.

Na última situação, o estudo foi um tanto diferenciado. Semelhante no aspecto em que os direitos trabalhados nas duas situações anteriores foram também relevantes no âmbito do réu preso, sendo alcançada a mesma conclusão também que nas situações anteriores, referente a não violação do direito à propriedade e à intimidade (reforçado ainda pela ideia de que o preso, mais que o indivíduo em liberdade, tem seu direito a intimidade relativizado).

No que tange à violação do princípio do *nemo tenetur se detegere*, contudo, a situação muda de figura, entendendo-se a invalidade da prova obtida no lixo diante de tal direito, em virtude de que, estando o indivíduo a mercê do Estado, que o colocou em cárcere, e que a produção de lixo pelo preso é necessária, para efeitos práticos, estar-se-ia forçando o preso a produzir prova contra si mesmo, uma vez que, sendo inevitavelmente produzido o lixo, quem irá gerenciá-lo e destiná-lo é justamente o Estado, o qual não poderia utilizá-lo no processo para condenar o réu.

Ora, a produção de lixo pelo ser humano é inevitável, seja ele de origem natural, seja artificial, e, assim, é inegável que existe a necessidade de que seja realizado o descarte desse lixo.

Quando o indivíduo se encontra em cárcere, essa situação não se altera, ele irá produzir lixo. Contudo, ele está sob tutela direta do Estado, que regula tudo o que é fornecido ao indivíduo preso, bem como controla também todos os resíduos produzidos. Assim, o acusado não tem outra opção senão entregar ao Estado seu lixo e, dessa forma, esse obriga o indivíduo a fornecer esses objetos ao mesmo tempo que os utiliza no processo criminal para condená-lo, violando claramente o princípio que veda a obrigação à autoincriminação.

Referências

AGOSTINI, Leonardo Cesar de. *A intimidade e a vida privada como expressões da liberdade humana*. Porto Alegre: Núria Fabres Ed., 2011.

AMARAL, Thiago Bottino do. *Do direito ao silêncio à garantia de vedação à autoincriminação*: o Supremo Tribunal Federal e a consolidação das garantias processuais penais. Tese (Doutorado) – Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Departamento de Direito, Rio de Janeiro, 2008. Disponível em: [www.maxwell.vrac.puc-rio.br/14970/14970_8.PDF]. Acesso em: 21.04.2019.

AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. *Provas ilícitas*: interceptações telefônicas, ambientais e gravações clandestinas. 3. ed. São Paulo: Ed. RT, 2003.

BARROS, Marco Antonio de. *A busca da verdade no processo penal*. São Paulo: Ed. RT, 2002.

BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Comentários à Constituição do Brasil*: promulgada em 5 de outubro de 1988: arts. 5 a 17. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2001. v. 2.

BEDÊ JÚNIOR, Américo. A *retórica do direito fundamental à privacidade*: a validade da prova obtida mediante filmagens nos ambientes público e privado. Salvador: JusPodivm, 2015.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte especial 3*: crimes contra o patrimônio até crimes contra o sentimento religioso e contra o respeito aos mortos. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. 55. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

BRASIL. Código de Processo Penal e Constituição Federal. 58. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2017.

BUENO, Silveira. *Silveira Bueno*: minidicionário da língua portuguesa. 2. ed. São Paulo: FTD, 2007.

CAPEZ, Fernando. *Curso de processo penal*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Convenção Americana sobre Direitos Humanos*. Disponível em: [www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm]. Acesso em: 12.03.2019.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Declaração Americana dos Direitos e Deveres do homem. Disponível em: [www.cidh.oas.org/basicos/portugues/b.Declaracao_Americana.htm]. Acesso em: 18.02.2019.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria geral dos direitos fundamentais*. São Paulo: Ed. RT, 2007.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil*: direitos reais. 14. ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2018.

FARIAS, Edilsom Pereira de. *Colisão de direitos*: a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem *versus* a liberdade de expressão e informação. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2000.

GALVÃO, Marina de Almeida. O dever de colaboração e o *nemo tenetur se ipsum accusare* no direito penal do ambiente. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 120, ano. 24, p. 95-124, maio-jun. 2016.

GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Direito à prova no processo penal*. São Paulo: Ed. RT, 1997.

GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarance. *As nulidades no processo penal*. 12. ed. São Paulo: Ed. RT, 2011.

LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*. 14. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2017.

LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*. 15. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 13. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de processo penal e execução penal*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de processo penal e execução penal*. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. *E-book*.

ONU. Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948). Disponível em: [www.mp.go.gov.br/portalweb/hp/7/docs/declaracao_universal_dos_direitos_do_homem.pdf]. Acesso em: 18.02.2019.

RIBEIRO, Thiago. *O lixo*. Disponível em: [https://mundoeducacao.bol.uol.com.br/geografia/o-lixo.htm]. Acesso em: 27.02.2019.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. 7. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

SILVA, Danni Sales. Da validade processual penal das provas obtidas em sites de relacionamento e a infiltração de agentes policiais no meio virtual. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 120, ano. 24, p. 203-235, maio-jun. 2016.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 38. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2015.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. *Curso de direito processual penal*. 11. ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2016.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. *Curso de direito processual penal*. 13. ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2018.

Pesquisas do Editorial

Veja também Doutrinas relacionadas ao tema

- A natureza das normas sobre as provas criminais, de Jaques de Camargo Penteado – *RT* 819/397-414 e *Doutrinas Essenciais Processo Penal* 3/715-738 (DTR\2004\126); e
- Prova ilícita: direito à exclusão dos autos do processo (exclusionary rule), de Luiz Flávio Gomes – *RT* 809/474-484 e *Doutrinas Essenciais Processo Penal* 3/909-925 (DTR\2003\158).

Veja também Legislação relacionada ao tema

- Art. 157, § 1ª a 5ª do CPP (LGL\1941\8).

Sobre a constitucionalidade do juiz de garantias: uma análise das medidas liminares deferidas nas ADIs 6.298, 6.299, 6.300 e 6.305 a partir da teoria dos espaços dogmáticos de Robert Alexy

The constitutionality of the guarantees judge: an analysis of the preliminary injunctions granted in the ADI's 6,298, 6,299, 6,300 and 6,305 based on Robert Alexy's theory of dogmatic spaces

André Machado Maya

Doutor em Ciências Criminais pela PUCRS. Mestre em Ciências Criminais pela PUCRS. Especialista em Direito do Estado pela UniRitter e em Ciências Penais pela PUCRS. Professor de Direito Penal e Processo Penal dos cursos de Graduação e Mestrado em Direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público do Rio Grande do Sul (FMP). Membro fundador do Instituto Brasileiro de Direito Processual Penal (IBRASPP). Advogado.
ORCID: 0000-0002-6497-7350
andremmaya@gmail.com

Pietro Cardia Lorenzoni

Doutorando em Direito pela UNISINOS. Mestre em Direito pela FMP-RS. Especialista em Justiça Constitucional pela Universidade de Pisa/Itália. Professor de Direito Público do Centro Universitário Ritter dos Reis e da Faculdade Monteiro Lobato. Membro do DASEIN – Núcleo de Estudos Hermenêuticos. Advogado.
ORCID: 0000-0001-7277-3158
pclorenzoni@gmail.com

Recebido em: 09.05.2020
Aprovado em: 22.09.2020
Última versão dos autores: 23.09.2020

Áreas do Direito: Processual; Constitutional

Resumo: O limite de atuação legítima do Poder Judiciário no âmbito do controle de constitucionalidade dos atos dos demais Poderes é questão de longa data controvertida, mas que assume especial importância no contexto democrático.

Abstract: The limits of legitimate performance of the Judiciary Power within the scope of the constitutionality control of the acts of the other Powers is a long-standing controversial issue, but one that assumes special importance in the

Maya, André Machado; Lorenzoni, Pietro Cardia. Sobre a constitucionalidade do juiz de garantias: uma análise das medidas liminares deferidas nas ADIs 6.298, 6.299, 6.300 e 6.305 a partir da teoria dos espaços dogmáticos de Robert Alexy.
Revista Brasileira de Ciências Criminais. vol. 174. ano 28. p. 151-176. São Paulo: Ed. RT, dez. 2020.

O presente ensaio possui como objetivo demarcar esses limites a partir dos referenciais teóricos da separação de poderes, dos Federalistas, e da dogmática dos espaços, de Robert Alexy. A esse efeito, toma como base a controvérsia sobre a constitucionalidade do juiz de garantias, instituto introduzido no ordenamento jurídico brasileiro pela Lei 13.964/19, e questionado no âmbito das Ações Diretas de Inconstitucionalidade 6.298, 6.299, 6.300 e 6.305. Almeja-se, a partir da análise dos argumentos que embasam as decisões liminares, identificar se a atuação jurisdicional, nesse caso concreto, afigura-se adequada ao sistema de freios e contrapesos dos Federalistas americanos e à dogmática dos espaços proposta por Alexy. Para tanto, procede-se à metodologia dedutiva e centra-se na técnica de revisão bibliográfica e análise legislativa, doutrinária e especialmente jurisprudencial. Ao final, são apontadas algumas fragilidades argumentativas que permitem concluir que algumas premissas de sustentação das decisões podem ser compreendidas como equivocadas a partir do referencial adotado.

Palavras-chave: Juiz de garantias – Teoria dos princípios – Decisão judicial – Separação dos Poderes.

democratic context. This essay aims to demarcate these limits from the theoretical frameworks of the separation of powers, the Federalists, and the Robert Alexy's dogmatics of spaces. To this effect, it is based on the controversy over the constitutionality of the guarantees judge, an institute introduced in the Brazilian legal system by Law 13,964/19, and questioned in the scope of Ações Diretas de Inconstitucionalidade 6,298, 6,299, 6,300 and 6,305. It is desired, from the analysis of the arguments that support the preliminary decisions, identify whether jurisdictional action, in this specific case, seems adequate to the system of checks and balances of the Federalists and to the dogmatics of spaces proposed by Alexy. To do so, proceed with the deductive methodology and focus on the technique of bibliographic review and legislative, doctrinal and jurisprudential analysis. In the end, some argumentative weaknesses are pointed out, what allow us to conclude that some premises of the decisions can be understood as mistaken from the adopted framework.

Keywords: Guarantees judge – Principle's theory – Judicial decision – Separation of powers.

Sumário: 1. Introdução. 2. O Juiz de Garantias como concretização constitucional democrática. 3. Limites à expansão do controle de constitucionalidade pelas Cortes Constitucionais. 4. Análise das medidas liminares deferidas nas Ações Diretas de Inconstitucionalidade 6.298, 6.299, 6.300 e 6.305, do Distrito Federal. Considerações finais. Referências bibliográficas.

1. Introdução

As últimas duas décadas foram marcadas por reformas significativas da legislação processual penal no Brasil e nos demais países latino-americanos. Influenciados pelas reformas processuais penais protagonizadas por parte dos países europeus nas décadas de 80 e 90 do século passado, em especial por Alemanha e Itália, alguns países do bloco latino-americano iniciaram um período de renovação e adequação de suas legislações

internas aos parâmetros democráticos ditados pelas convenções internacionais protetivas de direitos humanos. Diferentemente do que se verificou em diversos países da região, que implementaram reformas globais, no Brasil, o movimento reformista foi marcado por reformas parciais e pontuais da legislação, nada obstante a proposição de um projeto de reforma global, que tramita no Congresso Nacional há mais de dez anos.

A Lei 13.964/19, popularmente denominada de *Pacote Anticrime*, foi a última das alterações pontuais no ordenamento jurídico-penal pátrio. Promulgada no apagar das luzes de 2019, referida legislação trouxe alterações significativas e ideologicamente bastante diversas, incrementando o tratamento penal em determinados pontos, mas também implementando garantias em outros. A inovação mais destacada e objeto de maior controvérsia, inequivocamente, é a figura do juiz de garantias, a quem é dada a atribuição de zelar pela devida investigação criminal. Trata-se de uma novidade no Brasil, mas não em parte dos países europeus e latino-americanos, cujas reformas implementaram essa figura como reforço do princípio-garantia da imparcialidade.

O objeto do presente ensaio não é propriamente o juiz de garantias, mas parte da sua incorporação ao ordenamento jurídico brasileiro – e do consequente questionamento da sua constitucionalidade – para analisar a expansão do espaço jurisdicional no plano político da separação dos poderes, tendo como referencial a teoria dos espaços dogmáticos de Robert Alexy. Trata-se de, com base nas decisões liminares proferidas nas ADIs 6.298, 6.299, 6.300, 6.305, investigar o âmbito legítimo de atuação do poder jurisdicional no exercício do controle de constitucionalidade dos atos dos Poderes Legislativo e Executivo.

A esse efeito, o estudo está organizado em três partes. Inicialmente, são pontuados os argumentos no sentido da constitucionalidade do juiz de garantias, como forma de afirmar a sua adequação material à Constituição Federal e aos tratados internacionais protetivos de direitos humanos, em especial à Convenção Interamericana de Direitos Humanos. No segundo momento, o espaço jurisdicional de controle de constitucionalidade é problematizado em face do referencial teórico de Robert Alexy, a partir da tripartição dos poderes, em uma busca por limites ao protagonismo do Poder Judiciário na atual quadra democrática. Por fim, a terceira parte do estudo é dedicada à demonstração da hipótese sustentada, com base na análise das decisões judiciais proferidas nas ADIs mencionadas.

A pesquisa segue metodologia dedutiva e centra-se na técnica de revisão bibliográfica e análise legislativa, doutrinária e especialmente jurisprudencial, sobre tema atual e relevante para a ciência do Direito.

2. O Juiz de Garantias como concretização constitucional democrática

A figura de um juiz responsável exclusivamente pela fase investigatória do processo penal surgiu com as reformas processuais penais europeias nas duas últimas décadas do século XX, como forma de concretizar o direito de ser julgado por um juiz ou tribunal

imparcial, assegurado no artigo 6.1 da Convenção Europeia de Direitos Humanos (MAYA, 2020, p. 49-63; TULKENS, 2004, p. 14). A ideia de estabelecer uma separação rígida entre as fases de investigação e de instrução processual tem origem nas inúmeras decisões condenatórias de países europeus, proferidas pela Corte Europeia de Direitos Humanos,[1] por violações à garantia da imparcialidade, a maioria delas relacionadas às atuações dos juízes de instrução,[2] aos quais era dado conduzir a investigação, formular a acusação e, ao final, julgar o acusado.

A concentração de poderes na figura de um mesmo magistrado, característica do antigo sistema inquisitório, era, no entender da Corte de Estrasburgo, incompatível com o direito de ser julgado por um juiz ou tribunal imparcial, como explicitado no julgamento do caso *De Cubber vs. Bélgica*. Nesse caso, a quebra de imparcialidade foi afirmada em razão de um dos juízes integrantes do colegiado competente para o julgamento de mérito ter atuado como juiz investigador durante dois anos. Segundo a Corte Europeia, o ordenamento jurídico então vigente na Bélgica apresentava nítidos traços de natureza inquisitorial, e o juiz investigador possuía o mesmo *status* de um oficial de investigação da polícia, cuja atuação é subordinada à supervisão do Ministério Público. Por isso, e considerando a longa duração da investigação, o TEDH entendeu ter o juiz adquirido extenso e pormenorizado conhecimento sobre os fatos delituosos pendentes de julgamento, o que permite crer, tanto ao acusado quanto à sociedade em geral, que o magistrado tenha formado suas convicções sobre a culpabilidade do réu antes mesmo da sessão de julgamento, carecendo, pois, da necessária imparcialidade para ouvir e sopesar a tese defensiva (MAYA, 2020, p. 50-51).

Ainda que a jurisprudência da Corte Europeia não seja linear quanto a esse entendimento, na medida em que podem ser identificadas decisões em que a alegada violação à imparcialidade é refutada,[3] mesmo em caso semelhantes, certo é que, a partir dos inú-

1. Doravante TEDH, ou Corte de Estrasburgo, ou simplesmente Corte Europeia.

2. A expressão se refere ao juiz que conduzia a investigação criminal. Portanto, não deve ser confundida com a fase de instrução do processo penal brasileiro. Sempre que utilizada essa expressão – juiz de instrução – a referência será à fase investigatória.

3. O Caso paradigmático é *Hauschild vs. Dinamarca*, em que o TEDH, embora afirmando a quebra de imparcialidade, ressalvou que o simples fato de o juiz, em sistemas nos quais a investigação criminal e a acusação são funções exclusivas da polícia e do Ministério Público, ter proferido decisões na fase pré-processual, não justifica, por si só, o receio das partes quanto à perda de sua imparcialidade, o que deverá ser analisado de acordo com cada caso concreto, pois a atuação do magistrado na fase de investigação, como fiscal da atividade desenvolvida pela polícia e pelo Ministério Público, decidindo sobre seus requerimentos, é típica de um juiz independente, e não pode ser confundida com os casos em que o juiz investigador prepara o caso para julgamento ou decide sobre se o acusado deve ou não ser levado a julgamento. A ressalva não foi unânime, mas a partir deste precedente a Corte passou a oscilar, refutando a quebra de imparcialidade em alguns julgados posteriores. Para uma análise pormenorizada de cada um dos julgamentos, veja-se: MAYA, André Machado. *Juiz de Garantias*: fundamentos, origem e análise da Lei 13.694/19. São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2020.

meros precedentes nesse sentido, se pode deduzir com segurança que o Tribunal Europeu admite a possibilidade de perda de imparcialidade nos casos em que o julgamento seja proferido pelo mesmo juiz que atuou na fase pré-processual, a depender do seu envolvimento com a investigação e da extensão de suas decisões, e sempre que essas de alguma maneira envolverem análise da culpabilidade do suspeito. A possibilidade de contaminação subjetiva do juiz, observada de acordo com as peculiaridades de cada caso concreto, gera, no entendimento do TEDH, uma dúvida fundada incompatível com a aparência de imparcialidade que confere legitimidade às decisões do Poder Judiciário.

Como visto, a gênese da figura do juiz de garantias está diretamente relacionada à garantia da imparcialidade. Há entre ambas um vínculo imediato que põe em evidência a plena adequação material do juiz de garantias à Constituição Federal e, em última análise, também à Convenção Interamericana de Direitos Humanos, que reproduz a normativa Europeia e assegura o direito de ser julgado por um juiz ou tribunal imparcial. Especificamente no caso do Brasil, muito embora a imparcialidade não esteja expressamente prevista na Constituição Federal como uma garantia individual, seu assento constitucional decorre do estreito vínculo que mantém com a cláusula do devido processo legal e com a própria estruturação teórica acusatória do processo penal. Isto é, trata-se de princípio inerente à separação das funções de acusar e julgar, decorrente da interpretação combinada dos artigos 102, 105, 108, 109 e 129, I e VIII, todos da Constituição Federal.

Com efeito, não se justifica racionalmente a separação das atividades de acusar e julgar, com a atribuição de poderes e garantias à magistratura e ao Ministério Público, senão como forma de concretizar o direito de ser julgado por um juiz ou tribunal imparcial. As garantias de independência da magistratura, ao fim e ao cabo, objetivam que o juiz possa exercer a jurisdição de maneira imparcial, conforme antiga argumentação dos Federalistas (HAMILTON; JAY; MADISON, 1864, p. 583-585). Da mesma maneira, a atribuição do poder acusatório ao Ministério Público presta-se a viabilizar a atuação imparcial do juiz. É, pois, uma garantia da garantia da imparcialidade, fundamental para assegurar a isenção anímica do juiz, sem o que, nas palavras de Zaffaroni (2000, p. 86 e 91), não há jurisdição.

Não suficiente isso, a Convenção Interamericana de Direitos Humanos expressamente assegura, em seu artigo 8.1, o direito de ser julgado por um juiz ou tribunal independente e imparcial. O tratado foi assinado e ratificado pelo Brasil e internalizado ao ordenamento jurídico pelo Decreto 678/1992 da Presidência da República.

Independentemente do (antigo) debate sobre a posição hierárquica das normas originadas pelo tratado – em virtude da assinatura ser anterior ao § 3º do artigo 5º da Constituição Federal, criado pela Emenda Constitucional 45/2004 –, é consenso que o país está obrigado a reconhecer-lhe vigência e assegurar-lhe eficácia, nos termos do § 2º do mesmo artigo 5º da Constituição Federal. Assim, a jurisprudência firmou a compreensão de que as normas do Pacto de San José da Costa Rica possuem natureza supralegal no ordenamento jurídico brasileiro, como enunciado no julgamento do RE 466.343 pelo Supremo Tribunal Federal (Repercussão Geral – Tema 60).

Dessa construção teórica, portanto, resulta inequívoca a plena adequação constitucional do juiz de garantias. Ao maximizar a garantia da imparcialidade, essência da jurisdição defendida pelos Federalistas e internalizada pela Constituinte pátria, o instituto se afigura relevante instrumento de concretização democrática. Isso, porque o reforço da jurisdição, decorrente do reforço da imparcialidade dos juízes, significa um reforço do controle do poder punitivo do Estado, que é justamente a razão da existência do Judiciário como terceiro Poder (HAMILTON, JAY, MADISON, 1864, p. 576 e 577).

A jurisdição como controle dos Poderes Executivo e Legislativo tem origem no desenvolvimento teórico do Estado Moderno, mas efetivamente assume proeminência com o constitucionalismo e, em especial, com a formatação democrática dos Estados constitucionais (MORBACH, 2020). A divisão de poderes, como forma de viabilizar o controle e de impedir o abuso, é fundamental à democracia, enquanto forma de governo pautada no tratamento dos indivíduos como sujeitos de direitos. Trata-se, ao fim e ao cabo, da maximização harmônica das liberdades individuais, asseguradas pelo Poder Judiciário no exercício do controle de constitucionalidade das atividades dos demais Poderes (ALEXY, 2015a, p. 155-165).

Não suficiente isso, observa-se que a incorporação do juiz de garantias em diversos ordenamentos jurídicos europeus e latino-americanos foi determinante à implementação de uma efetiva mudança de sistema. Isso, porque viabilizou a superação da escritura pela oralidade, compreendida esta como um modelo de processo por audiências, e com isso a concretização não apenas da imparcialidade, mas propriamente do contraditório, da publicidade e da ampla defesa, esta última, na perspectiva da defesa pessoal, enquanto direito de presença e direito de audiência. A implementação da oralidade já na fase pré-processual gerou a desformalização da investigação criminal, agora não mais pautada em expedientes escritos, mas conduzida pelos órgãos responsáveis conforme as decisões proferidas em audiência perante o juiz de garantias. Os registros de depoimentos de testemunhas são feitos pelo órgão investigatório sem qualquer formalidade, de maneira sintetizada e com a finalidade de instruir a formação da *opinio delicti,* e isso porque não há possibilidade de serem juntados aos autos como elementos de prova. Como consequência, surge a necessidade de produção efetiva de provas durante a instrução criminal, em superação à mera leitura e confirmação do expediente do inquérito policial (MAYA, 2018, p. 82-85). Com isso, tanto pelo reforço das garantias humanitárias inerentes ao devido processo legal, quanto pelo reforço qualitativo da prova, o instituto do juiz de garantias significou importante instrumento democrático nos países onde implementado.

Isso estabelecido, ainda no plano da adequação material à Constituição Federal, impõe-se destacar que a implementação da figura do juiz de garantias deve, naturalmente, observar as peculiaridades fáticas de um determinado Estado, de modo que concretize a imparcialidade sem afetar o núcleo essencial de outras liberdades, das quais se extrai, desde uma perspectiva objetiva, um dever de o Estado promover a apuração efetiva de responsabilidades por ilícitos penais (FELDENS, 2007; SARLET, 2004). Entre outras possíveis colisões, pode-se destacar, por exemplo, das garantias do juiz natural e da razoável duração do processo. A criação de um magistrado específico para a investigação

criminal deve observar a exigência de que o juiz seja predeterminado por lei, sendo vedada a criação de juízos de exceção, e não pode gerar uma demora exagerada da persecução penal, minimizando a eficiência do processo penal.

Nesse sentido, é importante expor uma síntese dos argumentos levantados pelas ADIs para possibilitar a compreensão da construção argumentativa contrária à figura do juiz de garantias no ordenamento jurídico brasileiro. Ela pode ser feita da seguinte forma, a partir das iniciais de inconstitucionalidade e dos relatórios das decisões monocráticas, a) inconstitucionalidade formal da norma por vício de competência do ente federado que consiste na violação do artigo 24, XI e § 1º, da Constituição – a União não teria competência para atuar em razão de se tratar, também, de procedimento específicos em matéria processual, tendo invadido a competência suplementar dos Estados-membros e do Distrito Federal; b) inconstitucionalidade formal da norma por vício de iniciativa pela criação de órgãos do Poder Judiciário, violando a competência do Poder Judiciário de organizar sua justiça; c) inconstitucionalidade material por violação ao pacto federativo diante do comprometimento da organização judiciária dos entes federados; d) inconstitucionalidade material por violação aos princípios do juiz natural, isonomia, razoável duração do processo e segurança jurídica; e) violações de normas relacionadas à probidade orçamentária – especialmente artigo 169, § 1º, da Constituição Federal e artigo 113 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias; f) insuficiência do prazo de *vacatio legis* de 30 dias. Tensionamentos entre normas de direitos fundamentais foram levantados como argumentos para justificar a afirmação de inconstitucionalidade sustentada nas ADIs 6.298, 62.99, 6.300 e 6.305, consoante exposição supra. Contudo, eles não são suficientes para refutar a adequação constitucional do juiz de garantias. Na realidade, eles apenas reforçam que o mesmo deve ser compatibilizado com outras normas fundamentais do ordenamento jurídico pátrio. Sua compatibilização com a garantia do juiz natural não gera dificuldades, bastando que o magistrado responsável pela tutela da investigação criminal esteja previsto previamente, não podendo ser determinado *ad hoc*, *ex post* ao fato investigado. A prévia determinação legal do juiz competente para atuar na investigação criminal, como juiz de garantias, pode ser feita por intermédio das leis de organização judiciária e, inclusive, por resoluções dos tribunais de justiça, como atualmente se verifica a organização da competência entre varas criminais.

Da mesma maneira, o argumento da razoável duração do processo não torna inconstitucional o juiz de garantias. Isso, porque o processo penal não é instrumento destinado exclusivamente à aplicação do Direito Penal, mas à sua aplicação legítima, o que pressupõe a observância de regras e garantias, e naturalmente demanda um tempo razoável. Não fosse assim, paradoxalmente, a própria garantia da ampla defesa seria inconstitucional. Ademais, a toda evidência a criação de um juiz responsável para atuar especificamente na investigação criminal em nada altera o tempo da persecução penal, mas apenas estabelece uma cisão objetiva entre duas fases do processo penal, em comparação com o procedimento atual, como regulamentado no Código de Processo Penal.

A mesma ponderação se impõe em relação aos argumentos, destacados pelo Ministro Luiz Fux na liminar proferida na ADI 6.299, de inconstitucionalidade material por afronta aos artigos 169 e 99 da Constituição Federal, em razão da ausência de dotação orçamentária e estudos de impacto prévios para implementação da medida e o impacto da medida na eficiência dos mecanismos brasileiros de combate à criminalidade, e também da afronta ao Novo Regime Fiscal da União, instituído pela Emenda Constitucional 95/2016. Não obstante a importância da responsabilidade fiscal, esse argumento é passível de superação, uma vez que não há, pelo menos num exame inicial esperado em sede de liminar, clara incidência do artigo 169 nem violação da autonomia financeira do Judiciário, previsto no artigo 99 – todos da Lei Maior. Assim, a interpretação dada pelo Ministro Relator estabelece uma prevalência material de supostos limites orçamentários – num primeiro momento sem incidência concreta no juiz de garantias – sobre uma garantia fundamental estruturante do devido processo legal – imparcialidade –, com o que opera uma inversão de valores democráticos.

De outro lado, agora sob o viés formal, a criação do juiz de garantias não significa, necessariamente, uma obrigação imposta ao Poder Judiciário, de criação de novos cargos ou classes de juiz, mas apenas disciplina uma delimitação de competência no processo penal. Assim, encontra perfeita adequação à regra do artigo 22 da Constituição Federal, que atribui competência à União para legislar sobre matéria processual penal. Ainda que se compreenda uma alteração procedimental inerente à criação do juiz de garantias, está a União autorizada a legislar de maneira concorrente com os Estados sobre procedimentos em matéria penal, criando regras gerais, consoante se depreende do artigo 24, X, da Constituição Federal. Daí que, por qualquer dos enfoques, desde uma perspectiva formal também não se identifica qualquer vício de constitucionalidade na criação do juiz de garantias (MAYA, 2020).

Dessarte, revela-se inequivocamente constitucional e convencional a figura do juiz de garantias, que, na sua essência, funciona como uma imposição democrática de reforço da função jurisdicional de controle da atuação dos demais Poderes, e especificamente do exercício do poder acusatório e punitivo do Estado, no âmbito da persecução penal. Não obstante isso, a criação dessa figura processual é objeto de questionamento nas ações diretas de inconstitucionalidade 6.298, 6.299, 6.300 e 6.305, apresentadas ao Supremo Tribunal Federal ainda no período de *vacatio legis*, no âmbito das quais foram proferidas duas decisões liminares, as quais serão objeto de reflexão na terceira parte deste ensaio. Antes, no entanto, faz-se imprescindível tratar da expansão dos espaços do Poder Judiciário no âmbito do controle de constitucionalidade e da necessidade de se estabelecer limites em prol do equilíbrio necessário à separação de poderes na democracia constitucional.

3. Limites à expansão do controle de constitucionalidade pelas Cortes Constitucionais

A limitação do poder estatal é objetivo central e comum tanto aos ideais constitucionais modernos como à noção de democracia contemporânea. Nesse sentido, os

Federalistas ensinam que o aspecto central da constituição de qualquer governo é estabelecer as formas de controle dos governantes pelos governados, os seus limites e como obrigá-los a controlar-se a si mesmos (HAMILTON; JAY; MADISON, 1864).

A resposta que os citados autores propõem, no contexto americano, passa, basicamente, pela criação de um sistema cujo funcionamento, a partir das relações mútuas entre suas diversas partes constituintes (HAMILTON; JAY; MADISON, 1864, p. 349), seja um meio de manter cada autoridade em seu devido lugar (BURNS; MARKMAN, 1987, p. 582). Percebe-se, no paradigma constitucional estadunidense, um aperfeiçoamento das teorias de separação de poderes de Aristóteles, John Locke e Charles de Montesquieu, para lidar com grandes volumes populacionais e com o sistema democrático moderno (LIMONGI, 2001, p. 243-255).

Esse sistema de freios e contrapesos possui diversos pressupostos, como o controle de constitucionalidade, direitos fundamentais, competências constitucionais instrumentalizadas como barreiras contra monopólios de poder, processos de fiscalização política e a harmonia entre os poderes. A base desses pressupostos é a fragmentação do poder político, consistindo em dar àqueles que administram cada um dos poderes os meios constitucionais necessários e os motivos pessoais para resistir à invasão dos outros (HAMILTON; JAY; MADISON, 1864).

Nesse contexto, a jurisdição constitucional ocupa destaque, como bem sintetizado por Madison ao explicar a razão do controle de constitucionalidade ser de competência do Judiciário:

> "Há alguma perplexidade em relação ao direito dos tribunais de declarar nulos os atos do legislativos, porque, contrariamente à ideia da constituição, surgiu uma imaginação da doutrina que isso implicaria uma superioridade do judiciário ao poder legislativo (...) Não há posição que dependa de princípios mais claro que todo ato de uma autoridade delegada, contrário ao teor da delegação sob a qual é exercido, será nulo. Nenhum ato legislativo, portanto, contrário à constituição, pode ser válido. Negar isso seria afirmar que o deputado é maior que seu representado; que o servo está acima de seu senhor; que os representantes do povo são superiores ao próprio povo; que os homens, agindo em virtude de poderes, podem fazer não apenas o que seus poderes não autorizam, mas o que eles proíbem"[4] (HAMILTON; JAY; MADISON, 1864, p. 577).

4. No original: "Some perplexity respecting the right of the courts to pronounce legislative acts void, because contrary to the constitution, has arisen from an imagination that the doctrine would imply a superiority of the judiciary to the legislative power(…)There is no position which depends on clearer principles, than that every act of a delegated authority, contrary to the tenor of the commission under which it is exercised, is void. No legislative act, therefore, contrary to the constitution, can be valid. To deny this, would be to affirm, that the deputy is greater than his principal; that the servant is above his master; that the representatives of the people are superior to the people themselves; that men, acting by virtue of powers, may do not only what their powers do not authorize, but what they forbid."

A exigência de obediência ao Direito representa, portanto, o verdadeiro fechamento do sistema, na medida em que sua autoridade funciona como verdadeiro limite contra monopólios autoritários de poder e, consequentemente, contra arbitrariedades (MORBACH, 2020, p. 214-218). Trata-se do conceito mais básico do *rule of law*, qual seja: de que o ordenamento jurídico-constitucional servirá para limitar o poder.

Essa ideia já foi bem sintetizada por Lenio Streck (2017, p. 201) na passagem em que destacou a necessidade de "se compreender que hoje estamos sob o império de uma legalidade constituída a partir dos princípios constitucionais que marcam a história institucional do Direito desde seu núcleo basilar". Nesse sentido, percebemos a exigência da adequação da manifestação do poder político a mecanismos de limitação previamente estipulados pelo ordenamento jurídico, que vão desde a disposição de autoridades legítimas para diferentes âmbitos de decisão (seja política, seja jurídica) até a necessária correlação entre o conteúdo da decisão com o exigido pelo Direito.

A ideia central é que a concentração de poderes nos diferentes departamentos estatais, aliada ao amplo controle de constitucionalidade, acaba por funcionar como um limite de dois níveis contra autoritarismos. Em um primeiro momento, impede-se o acúmulo desproporcional de poder, noutro instante, a autoridade jurídica impõe que todas as ações estatais estejam em conformidade constitucional. A ideia importantíssima segue a máxima de John Locke (1980, p. 102): "onde se encerra o direito inicia-se a tirania"[5].

Pois nesse contexto de limitação de poder entra a teoria dos espaços dogmáticos e dos princípios formais de Robert Alexy, cujos elementos teóricos integram a mais abrangente teoria discursiva de Alexy (2015a), com o objetivo de criar mecanismos de limitação de poder do primeiro nível supramencionado.

O centro da teoria do autor alemão, no entanto, não está nos Poderes Legislativo e Executivo. Isso porque, no período contemporâneo, o foco do poder a ser controlado mudou. Se com os Federalistas a preocupação era controlar o Poder Legislativo, a inquietação contemporânea é para com o Poder Judiciário. Se o controle do legislador ocorria com a ideia de uma constituição limitada[6], o controle do Judiciário ocorre com a limitação das possibilidades de controles judiciais[7] de constitucionalidade.

Os Federalistas sempre consideraram o Poder Judiciário como o poder mais fraco entre os três (HAMILTON, JAY, MADISON, 1864, p. 576). Nesse contexto, definiram como papel institucional do Poder Judiciário a jurisdição constitucional e a proteção da

5. No original: "Wherever law ends, tyranny begins".

6. A ideia de constituição limitada defendida pelos Federalistas consistia "numa que contém certas exceções especificadas à autoridade legislativa; tais como, por exemplo, que não seja aprovado nenhum projeto de lei, nenhuma lei ex post facto e similares. Limitações desse tipo não podem ser preservadas na prática de outra maneira senão por meio dos tribunais de justiça; cujo dever deve ser declarar nulos todos os atos contrários ao teor manifesto da constituição. Sem isso, todas as reservas de direitos ou privilégios particulares não valeriam nada" (HAMILTON, JAY, MADISON, 1864, p. 576).

7. No sentido de próprio do Judiciário e não no sentido de próprio do Direito.

autoridade do Direito. Naturalmente que o fizeram sem qualquer negação à autoridade maior do povo. Trata-se, na realidade, de concluir que a competência do Judiciário para controlar os atos do legislativo tendo como paradigma a Constituição "não supõe uma superioridade do poder judicial ao poder legislativo; apenas supõe que o poder do povo seja superior a ambos"[8] (HAMILTON, JAY, MADISON, 1864, p. 578).

Contudo, a experiência moderna demonstrou que o foco de preocupação foi adequadamente transferido para o – antes inofensivo – Poder Judiciário. A razão já era sabida pelos Federalistas, qual seja: para o Judiciário manter-se como o defensor das liberdades é essencial que não haja qualquer mescla com o Poder Legislativo ou com o Poder Executivo. Justamente a defesa das liberdades, se não limitada, gera o criticado problema do ativismo judicial[9]. Em outras palavras, a questão é como assegurar, no Estado contemporâneo, que o amplíssimo controle de constitucionalidade não permita ao Judiciário invadir os outros poderes[10].

Essa é a preocupação central dos princípios formais e da teoria dos espaços dogmáticos alexyana, a qual serve de base ao presente ensaio. Assim, a partir da construção de um diálogo entre os Federalistas e Robert Alexy, pretende-se examinar as decisões liminares proferidas nas ADIs 6.298, 6.299, 6.300 e 6.305. Para isso, o ponto primevo é reconhecer a competência do Poder Judiciário e, mais precisamente, da Suprema Corte, para a realização do controle de constitucionalidade. Os argumentos de Robert Alexy e dos Federalistas para se chegar a essa conclusão, apesar de diferentes, são complementares.

Madison (HAMILTON, JAY, MADISON, 1864) explica que a razão para tanto é a necessidade de um poder apto a controlar a atividade legislativa como forma de garantir que o representante do povo não se sobreponha ao próprio povo que representa. Para tanto, é imperativo que a Constituição constitua topo normativo de qualquer material legislativo, que será nulo caso a confronte. Alexy (2015a, p. 155-165), mantendo essa premissa, completa-a com o argumento da representação argumentativa: se os parlamentares

8. No original: "the conclusion by any means suppose a superiority of the judicial to the legislative power, It only supposes that the power of the people is superior to both".

9. Nesse sentido, são diversos os trabalhos que têm diferentes objetos de pesquisa relacionados com os limites legítimos de atuação do Judiciário como: STRECK, Lenio. O ativismo judicial existe ou é imaginação de alguns? Revista Consultor Jurídico, 2013. Disponível em: [www.conjur.com.br/2013-jun-13/senso-incomum-ativismo-existe-ou-imaginacao-alguns]. Acesso em: 27.07.2017; TRINDADE, André Karam; MORAIS, Fausto Santos de. Ativismo judicial: as experiências norte-americana, alemã e brasileira. Revista da Faculdade de Direito UFPR, n. 53, 2011 e LORENZONI, P. C.; MAYA, A. M. Ativismo judicial e sociedade de risco: reflexos no âmbito da jurisdição criminal a partir do HC 126.292. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, v. 151, p. 189-213, jan. 2019.

10. Neste artigo, teremos como premissa que a função de exercer o controle de constitucionalidade substantivo é, de maneira legítima, do Poder Judiciário. Para pesquisas que debatam essa premissa, indicamos: ELY, John Hart. *Democracy and distrust*: a theory of judicial review. Cambridge and London: Harvard University Press, 1980.

detêm a representação política do cidadão, os juízes desempenham a representação discursiva da população.

Desse marco teórico se depreende que, se todo o poder emana do povo e em seu nome deve ser exercido, tanto os juízes quanto os legisladores são, em alguma medida, representantes do povo. A representação, contudo, ocorre de maneira distinta, visto que o parlamento representa politicamente, enquanto o tribunal constitucional representa argumentativamente (ALEXY, 2015b, p. 135). O papel dessa representação argumentativa é evitar que as maiorias se imponham em detrimento de princípios constitucionais fundamentais. Portanto, quando o Tribunal Constitucional se dirige contra uma decisão inconstitucional, ele não se dirige contra o povo, mas, em nome do povo, contra seus representantes políticos (ALEXY, 2015a, p. 54).

Há uma característica idealista nesse raciocínio, na medida em que ele, por um lado, faz valer negativamente que o processo político fracassou segundo critérios jurídico-fundamentais e, por outro, pressupõe que os cidadãos aprovariam os argumentos do tribunal se eles aceitassem um discurso jurídico-constitucional racional (ALEXY, 2015a, p. 54). Aqui, cumpre esclarecer que se trata, em certa medida, de uma aceitação ideal de que os argumentos expostos são racionais e corretos com o ordenamento jurídico-constitucional posto (ALEXY, 2015b, p. 135). O ponto central desse argumento, pode-se arriscar afirmar, seria aceito pelos Federalistas, que já sopesavam a necessidade de que o controle de constitucionalidade fosse feito por meio de um juízo eminentemente técnico e não político (HAMILTON, JAY, MADISON, 1864, p. 583-585).

Convém ressaltar, no entanto, que a atribuição de uma representação argumentativa à função jurisdicional exercida no juízo de controle de constitucionalidade, amparada em Alexy (2015a, p. 53) e nos Federalistas, não significa que a Corte Constitucional deva decidir de acordo com o desejo da população, ou que a decisão deva representar o anseio popular, mas sim que, mediante uma decisão fundamentada, abre-se espaço para que a sociedade entre no debate jurídico sobre as decisões, exercendo uma função de controle e participando do próprio processo decisório. A representação argumentativa exercida pelo Tribunal é, então, um reflexo da democracia. Entendemos que esse é o ponto central do sistema, compartilhado tanto pelos Federalistas como por Alexy e adotado na República Federativa brasileira.

Nessa linha de raciocínio, Alexy afirma que o princípio formal da democracia exigirá um peso especial às determinações do Poder Legislativo e que seja esse Poder o responsável por tomar a maior quantidade possível de importantes decisões exigidas pela sociedade (ALEXY, 2014, p. 517). Com isso, espera-se uma ampliação do escopo de decisões do Legislativo e, consequentemente, uma restrição do espaço jurisdicional. Disso decorre uma defesa da prevalência *prima facie* da legitimidade do Poder Legislativo sobre o Poder Judiciário na tomada de decisões sociais importantes, ante a função majoritária de representação da população. O Poder Judiciário, por sua vez, será responsável por resguardar a ordem jurídica e a conformidade dos atos dos outros Poderes com o direito. Entretanto, ele não deverá assumir o papel de agente representativo e transformador da

sociedade. Com essa premissa, Alexy explica a dogmática dos espaços, a qual visa atingir uma justa medida entre o espaço de conformação política do legislador e a atuação do Judiciário (ALEXY, 2015a, p. 77), de modo que não comprometa o princípio formal da democracia (GAVIÃO FILHO, 2010, p. 350).

Esse equilíbrio é, tranquilamente, uma das questões mais polêmicas para a Teoria do Direito contemporânea. A delimitação da competência, por vezes conflitante, entre o legislador e os tribunais ordinários e constitucionais para a interpretação e aplicação dos direitos fundamentais, gera uma tensão que pode ser ilustrada pela aparente contradição entre um princípio democrático – que atribui ao Legislativo o papel de desenvolver, harmonizar e restringir direitos fundamentais, ponderando interesses e bens no espaço político pátrio – e uma Constituição tutelada pela Suprema Corte – que atribui ao Judiciário o dever de controlar atos legislativos que violem a Constituição e os direitos fundamentais. Aparentemente há uma definição de igual competência para dois Poderes distintos. Uma rápida análise do problema poderia levar à superficial resposta de que preponderará o Poder com a última palavra – o Supremo Tribunal Federal, no caso brasileiro. Certamente diversos realistas jurídicos[11], para lembrarmos da crítica de Streck (2010, p. 162 e 163), concordarão com a última assertiva.

Contudo, no caminho dos Federalistas e da Teoria Discursiva, é possível um equilíbrio mais apurado. A essa finalidade é imprescindível a teoria dos espaços dogmáticos[12] proposta por Alexy. O autor alemão (2015, p. 77) defende um modelo em que a Constituição funciona como uma ordenação-quadro, que traça ao legislador três hipóteses distintas, quais sejam: 1) proibição de algo; 2) ordenação de algo; e 3) liberação de algo (liberdade para escolher o que é melhor). Assim, o proibido é o impossível, o ordenado é o necessário e o liberado é o possível jurídico-constitucionalmente (LORENZONI, 2018, p. 44). O possível delimita o conteúdo da margem de atuação dos poderes constituídos, o ordenado e o proibido determinam os limites da margem.

---

11. A ideia central do realismo jurídico pode ser superficialmente entendida pela conhecida fórmula: "**Direito é aquilo que os tribunais dizem que é". Trata-se, na realidade, de um problema maior do Direito brasileiro bem sintetizado por Streck** (2010, p. 162): "não é difícil constatar que a hermenêutica jurídica dominante no imaginário dos operadores do direito no Brasil (perceptível a partir do ensino jurídico, da doutrina e das práticas dos tribunais) continua sendo entendida como um (mero) saber 'operacional'. Domina, no âmbito do campo jurídico, o modelo assentado na ideia de que 'o processo/procedimento interpretativo' possibilita que o sujeito alcance o sentido que mais lhe convém, ou 'o real sentido da regra jurídica', etc. É possível perceber (...) um problema paradigmático. Alguns autores colocam na consciência do sujeito-juiz o locus da atribuição de sentido (do texto jurídico)".

12. Para um estudo mais aprofundado do tema alexyano, indicamos: GAVIÃO FILHO, Anízio Pires. *Colisão de direitos fundamentais, argumentação e ponderação*. 2010. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2010; LORENZONI, Pietro Cardia. *A regra do prejuízo aplicada às nulidades processuais penais*: estudo à luz da expansão do controle estatal pela via penal. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público, Porto Alegre, 2018.

Os espaços supramencionados configuram âmbitos de conformação ou de atuação do legislador deixados livres pela Constituição. Esses âmbitos são de dois tipos: espaços substanciais e espaços epistêmicos. A fronteira do âmbito de competência livre para o legislador termina quando começa o constitucionalmente proibido ou obrigado. Os espaços correspondem à discricionariedade política dos Poderes representativos para inovarem na ordem jurídica ou criarem políticas públicas.

Dessarte, o legislador tem liberdade para atuar quando estiver dentro de seu espaço de discricionariedade. Nessas hipóteses, o Judiciário não terá competência para desfazer os atos políticos dos outros poderes (GAVIÃO FILHO, 2010, p. 354). Se o fizer, haverá uma violação ao princípio formal de democracia. A delimitação é, abstratamente, clara, mas se afigura possível – e necessário – um detalhamento dos justos espaços de atuação. Nessa linha, os âmbitos de livre conformação podem ser divididos em espaço substancial de discricionariedade[13] e espaço epistêmico de discricionariedade.

O espaço substancial de discricionariedade está relacionado com aquilo que a Constituição não demanda e tampouco proíbe que o legislador faça; são os espaços que a Constituição libera para a conformação política do legislador. Não há controle constitucional porque não há normatividade material definitiva da Constituição. Esse espaço corresponde ao que reside dentro da constituição-quadro (GAVIÃO FILHO, 2010, p. 354). Diferentemente, o espaço epistêmico de discricionariedade do legislador é menos perceptível. Ele versa sobre a competência legislativa de decidir sobre o espaço substancial de discricionariedade, ou seja, de decidir quando há um espaço livre ou não (ALEXY, 2014, p. 519). Conforme Gavião Filho (2010, p. 359), esse espaço de discricionariedade deve ser dividido em duas espécies – empírico ou normativo – a depender de a incerteza recair em premissas empíricas ou normativas:

> "Se não há certeza sobre as prognoses empíricas pressupostas, cuida-se de um espaço epistêmico empírico. Se a incerteza está na qualificação da intensidade de intervenção e importância de realização dos direitos fundamentais, trata-se de um espaço epistêmico normativo".

Nessa esteira, "o espaço epistêmico empírico permite intervenções nos direitos fundamentais com base em premissas fáticas incertas, sustentáveis ou plausíveis"[14] (GA-

13. Observa-se que os professores Anízio Gavião Filho e Luis Afonso Heck utilizam a expressão de espaço estrutural no lugar de espaço substancial. Neste trabalho, foi dada preferência para a tradução literal dos artigos de Alexy escritos em inglês. No caso dos autores citados, aparentemente foi dada preferência para a tradução literal dos artigos de Alexy escritos em alemão.

14. Alexy (2015a, p. 150) entende que há três graus variáveis referentes à segurança da suposição empírica, são eles: seguro, plausível e não evidentemente falso. Nesse sentido, a corte constitucional não pode interferir na discricionariedade do legislador apenas por esse se pautar em suposições incertas, visto que há uma prevalência do princípio formal da democracia sobre a possibilidade do controle judicial. O Poder Legislativo é o poder legítimo para tomar decisões

VIÃO FILHO, 2010, p. 359). De outro lado, o espaço epistêmico normativo trata sobre incertezas relacionadas ao equilíbrio dos Direitos Fundamentais, ou seja, não de um aspecto fático, mas de um aspecto normativo. Esse âmbito normativo, então, cria um espaço *prima facie* de liberdade de ponderação dos Poderes Políticos.

Em ambos os casos, no entanto, as intervenções se justificam exclusivamente diante de incertezas, de modo a evitar que todo juízo de discricionariedade política possa ser refeito pelo Poder Judiciário, sob o manto do controle de constitucionalidade. Esses espaços visam demonstrar e assegurar que o legítimo âmbito de atuação do Judiciário é de preservação do Estado Democrático de Direito e não de substituição da política. Conforme Anízio Gavião Filho (2010, p. 367), a teoria de Alexy propõe que os espaços estruturais e epistêmicos estejam liberados para conformação política do legislador, ou seja, "há um espaço de atuação do legislador dentro da limitação material da constituição que o judiciário não deve intervir". Isso significa algo relativamente simples: o processo político não pode ser reduzido a algo sem significado, do que resulta que as duas atuações, política e jurisdicional, não podem se confundir.

Estabelecido isso, a parte final do presente ensaio é destinada ao exame das decisões liminares proferidas nas ADIs que questionam a constitucionalidade do juiz de garantias. O objetivo é identificar em que medida a suspensão da vigência da Lei 13.964/19, na parte em que introduz essa figura processual no ordenamento jurídico brasileiro, inicialmente por prazo determinado e, posteriormente, *sine die*, extrapola os limites do poder jurisdicional no âmbito do controle de constitucionalidade.

4. Análise das medidas liminares deferidas nas Ações Diretas de Inconstitucionalidade 6.298, 6.299, 6.300 e 6.305, do Distrito Federal

A última medida cautelar referente à constitucionalidade do Juiz de Garantias foi a decidida pelo Ministro Luiz Fux do Supremo Tribunal Federal, em 22 de janeiro de 2020, no bojo da Ação Direta de Inconstitucionalidade 6.299 do Distrito Federal. A decisão cautelar contemplou quatro ADIs, quais sejam: ADI 6.298, ajuizada pela Associação dos Magistrados Brasileiros e pela Associação dos Juízes Federais do Brasil; a ADI 6.299, ajuizada pelos partidos políticos PODEMOS e CIDADANIA; a ADI 6.300, ajuizada pelo Diretório Nacional do Partido Social Liberal; e a ADI 6.305, ajuizada pela Associação

coletivas vinculantes em nome da maioria. As hipóteses de controle judicial e, portanto, de decisões *contra legem*, dependem de que o Judiciário se paute em suposições empíricas seguras que demandem uma solução diferente da dada pelo legislador.

Nacional dos Membros do Ministério Público. Todas versam, em linhas gerais[15], sobre a constitucionalidade do chamado juiz das garantias.

A reflexão sobre eventual desborde dos limites do controle de constitucionalidade pelo Poder Judiciário pressupõe uma síntese prévia dos argumentos sobre a (in)adequação constitucional formal e material trabalhados em ambas as decisões, a partir dos fundamentos explicitados pelos ministros Dias Toffoli e Luiz Fux nas ações supramencionadas.

Sobre a inconstitucionalidade formal, a controvérsia versa acerca da natureza dos artigos que estruturam o Juiz de Garantias – artigos 3º-A a 3º-F do Código de Processo Penal. Tratam eles exclusivamente de matéria de Direito Processual ou, alternativa ou cumulativamente, de matéria de organização e divisão judiciária? Para esclarecer, as normas de Direito Processual têm sua competência constitucional definida no artigo 22 da Lei Maior e podem ser reguladas inteiramente pelos Poderes Legislativo e Executivo da União. De outro giro, as normas de organização e divisão judiciárias são previstas pelos artigos 96 e 125, parágrafo único, da Constituição Federal. A competência constitucional de organização sobre competência e funcionamento das cortes é privativa do Poder Judiciário. A competência dos Tribunais dos Estados, de outro giro, é do Poder Constituído estadual (seja decorrente, seja reformador) e a sua organização judiciária é de competência do Poder Legislativo estadual, com iniciativa do Poder Judiciário estadual.

Nessa linha, o Ministro Dias Toffoli asseverou que "os preceitos mencionados foram editados no exercício legítimo da aludida competência constitucional pelo Congresso Nacional" (BRASIL, Supremo Tribunal Federal, 2020a, p. 10), motivo pelo qual "não se sustentaria a alegação dos requerentes que a instituição do juiz de garantias violaria o poder de auto-organização dos tribunais e a prerrogativa de propor alteração da organização e da divisão judiciária" (BRASIL, Supremo Tribunal Federal, 2020a, p. 13), com exceção à norma do artigo 3º-D[16], parágrafo único, que violaria os artigos 96 e 125, parágrafo único, da Constituição Federal (BRASIL, Supremo Tribunal Federal, 2020a, p. 14).

---

15. De forma específica: "A ADI n. 6.298, ajuizada pela Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB) e pela Associação dos Juízes Federais do Brasil (AJUFE), impugna *a)* o artigo 3º da Lei n. 13.964/2019, que acrescentou os artigos 3º-A, 3º-B, 3º-C, 3º-D, 3º-E e 3º-F ao Código de Processo Penal e institui a figura do juiz das garantias, e *b)* o artigo 20 da Lei n. 13.964/2019, que determina o prazo de *vacatio legis* para a vigência respectiva. A ADI n. 6.299, ajuizada pelos partidos políticos PODEMOS e CIDADANIA, impugna os mesmos dispositivos supracitados, além do artigo 157, § 5º, do Código de Processo Penal, inserido pela Lei n. 13.964/2019. A ADI n. 6.300, ajuizada pelo Diretório Nacional do Partido Social Liberal (PSL), impugna os artigos 3º-A a 3º-F do Código de Processo Penal, na mesma linha das ações anteriores. Por fim, a ADI n. 6.305, ajuizada pela Associação Nacional dos Membros do Ministério Público – CONAMP, impugna os artigos 3º-A; 3º- B, incisos IV, VIII, IX, X e XI; 3º-D, parágrafo único; 28, *caput*; 28-A, incisos III e IV, e §§ 5º, 7º e 8º; e 310, § 4º, do Código de Processo Penal, todos introduzidos pela Lei n. 13.964/2019" (BRASIL, Supremo Tribunal Federal, 2020a, p. 9 e 10).

16. Art. 3º-D. O juiz que, na fase de investigação, praticar qualquer ato incluído nas competências dos arts. 4º e 5º deste Código ficará impedido de funcionar no processo. (Incluído pela Lei nº 13.964,

A esse entendimento se opôs o Ministro Luiz Fux, ao argumentar que "os dispositivos questionados têm natureza materialmente híbrida, sendo simultaneamente norma geral processual e norma de organização judiciária, a reclamar a restrição do artigo 96 da Constituição". Nessa linha, antecipou que as normas que tratam do juiz de garantias padecem de inconstitucionalidade formal direta por violar os art. 96 e 125, parágrafo único, da Constituição Federal (BRASIL, Supremo Tribunal Federal, 2020b, p. 18), que tratam sobre a competência privativa do Judiciário para propor a criação de novas varas e alterações na organização e divisão judiciária.

Sobre a inconstitucionalidade material, o Ministro Toffoli consignou que "a instituição do 'juiz das garantias' pela Lei n. 13.964/2019 veio a reforçar o modelo de processo penal preconizado pela Constituição de 1988", constituindo um avanço sem precedentes em direção ao reforço do modelo acusatório (BRASIL, Supremo Tribunal Federal, 2020a, p. 17). Nessa linha, afirmou: "o juiz das garantias é instituto que corrobora os mais avançados parâmetros internacionais relativos às garantias do processo penal" (BRASIL, Supremo Tribunal Federal, 2020a, p. 19). Mais ainda, assinalou que o Poder Judiciário brasileiro dispõe de estrutura capaz de tornar efetivos os juízos de garantia, necessitando apenas de reorganização da estrutura já existente, com nova divisão da competência atualmente fixada (BRASIL, Supremo Tribunal Federal, 2020a, p. 25). A única exceção seria o artigo 157, § 5º, do Código de Processo Penal, que trata da exclusão da competência do juiz que conhece do conteúdo de prova ilícita, uma vez que a norma violaria o princípio do juiz natural por não fornecer critérios claros e objetivos relacionados à competência.

De outro giro, o Ministro Luiz Fux entende que a análise da inconstitucionalidade material perpassa dois grupos de argumentos: "a ausência de dotação orçamentária e estudos de impacto prévios para implementação da medida e o impacto da medida na eficiência dos mecanismos brasileiros de combate à criminalidade" (BRASIL, Supremo Tribunal Federal, 2020b, p. 21). O primeiro grupo indica que os dispositivos do Juiz de Garantias violam diretamente os artigos 99 e 169 da Constituição Federal, uma vez que implementado sem observar a exigência de prévia dotação orçamentária para a realização de despesas por parte da União, dos Estados, do Distrito Federal, forte no artigo 169, e violam a autonomia orçamentária do Poder Judiciário, prevista no artigo 99, ambos da Carta Magna. Um dos argumentos centrais oferecido pelo ministro Luiz Fux merece destaque:

> "Uma vez justapostos todos esses argumentos de natureza orçamentária, conclui-se que, houvesse o legislador tratado a criação do juiz de garantias em toda a sua complexidade, como política pública que é, delimitando e concedendo a devida deferência às

de 2019). Parágrafo único. Nas comarcas em que funcionar apenas um juiz, os tribunais criarão um sistema de rodízio de magistrados, a fim de atender às disposições deste Capítulo. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019).

> matérias atinentes às competências legislativas estaduais e às iniciativas de lei dos Tribunais, analisando e calibrando os impactos orçamentários decorrentes, promovendo ampla discussão social e política, com a devida participação dos entes juridicamente interessados – inclusive do Poder Judiciário, do Ministério Público e da Defensoria Pública, em todos os níveis federativos –, não teria a Lei n. 13964/2019 incorrido nesses vícios que inquinam a constitucionalidade de alguns dos seus dispositivos" (BRASIL, Supremo Tribunal Federal, 2020b, p. 23).

Ainda conforme o entendimento do Ministro Luiz Fux, a instituição do juiz das garantias, em vez de produzir uma política pública integrativa com a participação dos entes interessados, promoveu uma mudança estrutural no Poder Judiciário por meio da aprovação de uma regra de impedimento processual, a qual, embora de efeitos aparentemente sutis, encontra-se apta a gerar a completa desorganização do sistema de justiça criminal. Segundo o Ministro, o legislador criou dois novos órgãos – juízo das garantias e juízo da instrução – por meio de uma regra que abreviou indevidamente uma necessária discussão legislativa ampla e colaborativa com os demais Poderes. Não só, o argumento evolui, assinalando que se deixaram lacunas tão consideráveis na legislação, que, consoante entendimento do Ministro, o próprio Poder Judiciário sequer sabe como as novas medidas deverão ser adequadamente implementadas. Assim, "o resultado prático dessas violações constitucionais é lamentável, mas clarividente: transfere-se indevidamente ao Poder Judiciário as tarefas que deveriam ter sido cumpridas na seara legislativa" (BRASIL, Supremo Tribunal Federal, 2020b, p. 23 e 24).

Sobre os argumentos de prazos, o Ministro Dias Toffoli, tendo como pressuposto o reconhecimento formal e material da constitucionalidade do Juiz de Garantias, frisa que o novo instituto demanda uma organização que deve ser implementada de maneira consciente em todo o território nacional, respeitando-se a autonomia e as especificidades de cada tribunal (BRASIL, Supremo Tribunal Federal, 2020a, p. 33). Assim, a alteração de grande impacto no processo penal brasileiro clama por um minucioso trabalho de ajuste do Poder Judiciário nacional, o que deverá ser feito pelo Conselho Nacional de Justiça e pelos diversos tribunais. O Ministro aponta que o Conselho Nacional de Justiça, por meio da Portaria 214/2019, já criou grupo de trabalho voltado à elaboração de estudo relativo aos efeitos da aplicação do denominado pacote anticrime aos órgãos do Poder Judiciário brasileiro. Segundo o Ministro, "os tribunais – a partir das diretrizes de política judiciária que vierem a ser fixadas pelo Conselho Nacional de Justiça – deverão trabalhar na reorganização e no rearranjo de suas estruturas". Com isso, será possível a integração da estrutura do juiz de garantias a partir da adaptação das normas de organização judiciária dos demais entes federados, conforme determina o art. 3º-E[17] do Código de Processo Penal (BRASIL, Supremo Tribunal Federal, 2020a, p. 34).

17. Art. 3º-E. O juiz das garantias será designado conforme as normas de organização judiciária da União, dos Estados e do Distrito Federal, observando critérios objetivos a serem periodicamente divulgados pelo respectivo tribunal. (Incluído pela Lei 13.964, de 2019).

O ponto central, conforme posicionamento do Ministro Dias Toffoli, é que "essas questões são plenamente solucionáveis em um período de transição adequado ao equacionamento das situações mais complexas" (BRASIL, Supremo Tribunal Federal, 2020a, p. 34). Dessarte, a partir do reconhecimento que o prazo de 30 dias fixado no art. 20 da Lei 13.964/2019 é insuficiente, o Ministro aplica a regra disposta no parágrafo único do artigo 3º-F da Lei 13.964/19 a todo microssistema do juiz das garantias, ampliando o prazo de *vacatio legis* para cento e oitenta dias. Vale mencionar que a decisão pela suspensão vem acompanhada de regras de transição para conferir segurança jurídica ao longo da implantação do microssistema.

O Ministro Luiz Fux, por outro lado, entende evidente que "a implantação dos artigos 3º-A a 3º-F do Código de Processo Penal requer, em níveis poucas vezes vistos na história judiciária recente, a reestruturação de unidades judiciárias e a redistribuição de recursos materiais e humanos" (BRASIL, Supremo Tribunal Federal, 2020b, p. 19). Nessa linha, reconhece que as questões práticas de mudança de paradigma estrutural trazido pela figura do juiz das garantias ganha outra dimensão a partir da constatação da diversidade dos contextos locais principalmente relacionados com a falta de magistrados e de servidores em várias comarcas do país, as dificuldade de deslocamento entre comarcas que dispõem de um único magistrado, o *gap* de digitalização de processos e a falta de estrutura adequada (BRASIL, Supremo Tribunal Federal, 2020b, p. 20). Segundo o magistrado, essa constatação empírica da realidade do Judiciário brasileiro é crucial na

> "análise da inconstitucionalidade formal dos dispositivos atacados, na medida em que conduzem a uma inescapável conclusão: a instituição do juiz de garantias altera materialmente a divisão e a organização de serviços judiciários em tal nível que demanda uma completa reorganização da justiça criminal do país" (BRASIL, Supremo Tribunal Federal, 2020b, p. 21).

Assim, reconhece da ineficácia do prazo de 30 dias de *vacatio legis* e, indiretamente, a necessidade de um prazo adequado para o período de transição. Contudo, decide pela suspensão *sine die* da norma impugnada.

Estabelecidos, então, os fundamentos das decisões quanto à (in)constitucionalidade formal e material, um leque de variáveis se abre para análise. Nesse ponto, a partir da base teórica trabalhada no item anterior, o objetivo é verificar (1) o argumento da má-formação do processo político decisório que levou à aprovação do Juiz de Garantias na Lei 13.964/19, suscitado pelo Ministro Luiz Fux; e (2) o fundamento para as decisões de prolongamento da *vacatio legis* proferidas por ambos os Ministros, sempre tendo como plano de fundo a teoria da dogmática dos espaços.

A primeira questão que se impõe é a seguinte: a análise da constitucionalidade material deve levar em conta argumentos empíricos relacionados à norma? Caso essa resposta seja afirmativa, deve-se questionar se a análise dos argumentos empíricos pode versar

sobre o processo político decisório. Se também essa resposta for afirmativa, deve-se então questionar a profundidade e a correção dos argumentos levantados pelo Ministro Fux.

No caso em análise, os argumentos empíricos levantados pelo Ministro Fux, que se relacionam com a análise do processo político decisório são: (I) carência de participação e de planejamento mínimos exigidos pela Constituição no processo legislativo e (II) a transferência inconstitucional da função típica de legislar do Poder Legislativo para o Poder Judiciário. Já os argumentos empíricos associados à inadequação do prazo de vacância da lei tratam sobre (I) a grande mudança estrutural da organização do sistema processual penal brasileiro e (II) a necessária readequação da divisão da atividade jurisdicional no mesmo sistema – ambos fundamentos comuns aos Ministros Luiz Fux e Toffoli. Devemos ressaltar, entretanto, que é perceptível certa diferença de abordagem na gradação do impacto da mudança, isto é, nota-se que a gravidade da mudança na percepção de Fux é maior que a delineada por Toffoli, o que implica, consequentemente, na decisão da quantidade necessária de prorrogação do prazo.

A primeira questão – a análise da constitucionalidade material deve levar em conta argumentos empíricos relacionados à norma? – é facilmente respondida diante do paradigma teórico escolhido e, entendemos, plenamente aplicável ao direito brasileiro. Alexy (2014, 2015, 2017a, 2017b) defende que os argumentos empíricos possuem papel importantíssimo na argumentação e interpretação jurídicas, influenciando diretamente o exame da proporcionalidade de normas jurídicas, no que é acompanhado por Sieckmann (2014), Klatt (2012), Pulido (2006), Virgílio Afonso da Silva (2002) e Gavião Filho (2010) nas questões inerentes à Teoria dos Princípios e, de forma mais geral, pela larga maioria da doutrina moderna e contemporânea como Muller (1999, p. 49) e Streck (2011).

A segunda questão – a análise dos argumentos empíricos pode versar sobre o processo político decisório? – de outro giro, também possui resposta afirmativa. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, a partir de uma aplicação lógica da doutrina supramencionada, é firme no sentido de que o processo político decisório deve estar pautado pelas normas constitucionais e, caso não estejam, serão suscetíveis ao controle do Judiciário e eventual correção – precisamente na linha de raciocínio dos Federalistas, já mencionada. Apenas como exemplo, temos a argumentação empregada pelo relator Gilmar Mendes na medida cautelar no Mandado de Segurança 34.070/DF, julgado em 18 de março de 2016. Na ocasião, a Corte Constitucional reafirmou sua jurisprudência "de que o parlamentar tem legitimidade ativa para impetrar mandado de segurança com a finalidade de coibir atos praticados no processo de aprovação de leis e emendas constitucionais que não se compatibilizam com o processo legislativo constitucional." (BRASIL, Supremo Tribunal Federal, 2016, p. 8)[18]. Outros exemplos são o Mandado de Segurança 32.033,

18. Na mesma linha, inclusive citado pelo relator, há os MS 24.642, rel. Min. Carlos Velloso, *DJ* 18.06.2004; MS 20.452/DF, rel. Min. Aldir Passarinho, *RTJ* 116 (1)/47; MS 21.642/DF, rel. Min. Celso de Mello, *RDA* 191/200; MS 24.645/DF, rel. Min. Celso de Mello, *DJ* 15.09.2003; MS

rel. Min. Gilmar Mendes, para suspender tramitação de projeto de lei violador de cláusulas pétreas, e o Mandado de Segurança 34.070/DF, julgado em 18 de março de 2016, para anular atos eminentemente políticos com desvios de finalidade.

Contudo, conforme referencial abordado neste trabalho, o campo de atuação legítima da Corte Constitucional está delimitado pela segurança das premissas relacionadas tanto com as questões empíricas como com as questões normativas. Isso significa que apenas há atuação legítima do Supremo Tribunal Federal quando houver violação da constitucionalidade material ou formal amparada pela certeza dos argumentos fáticos e normativos. Caso os dados empíricos sejam duvidosos, deve prevalecer a decisão do legislador. Caso a definição normativa do constitucionalmente proibido, permitido ou obrigado seja incerta, também prevalece a decisão do legislador.

Nessa linha, não cabe à Corte Constitucional definir se o processo político decisório é bom, ruim, bem-feito ou malfeito. O seu papel é, como guardiã da Constituição e a partir do referencial abordado, tutelar os limites do que chamamos anteriormente de *Constituição quadro* – sejam eles empíricos, sejam normativos – sempre respeitando o legítimo espaço de atuação do legislador.

Diante dessa construção, entende-se que a argumentação do Ministro Luiz Fux, na ADI 6.299, sobre a falha do legislador em tratar o juiz de garantias em toda a sua complexidade e com ampla discussão social e política, com a devida participação dos entes interessados como Poder Judiciário, Ministério Público e Defensoria Pública, não se sustenta. Isso pelo fato de que tal juízo extrapola o agir legítimo do Judiciário no controle de constitucionalidade. O cerne da adequação constitucional material da norma não pode ser o juízo de um bom agir do legislador, mas se o produto legislativo desse agir viola limites constitucionais ou não. O argumento empírico – fático – que embasa a antecipação pela inconstitucionalidade da lei, nesse ponto, é incerto, duvidoso, e assim deve prevalecer a liberdade do Poder Legislativo.

Com isso, não se está a negar que um agir com desvio de finalidade, por exemplo, possa ser declarado inconstitucional, mas não é disso que a fundamentação analisada trata. Ela refere-se eminentemente há um juízo de maior deliberação. Ocorre que a definição da extensão ou da amplitude do debate público pertence ao Legislativo. Não há poder legítimo do Supremo Tribunal Federal para declarar a nulidade de um ato legislativo em razão da insuficiência de um prévio debate público, ou da prévia consulta sobre a oportunidade e/ou viabilidade da lei a instituições ou autoridades no assunto.

Sob uma ênfase distinta, ao decidir dessa maneira, a Corte Constitucional invade o espaço político próprio do Poder Legislativo e acaba por violar a tripartição de poderes e o princípio democrático. O juízo político da extensão do debate legislativo pertence ao Poder com maior legitimidade democrática, que, na República brasileira, é o Parlamento.

24.593/DF, rel. Min. Maurício Corrêa, *DJ* 08.08.2003; MS 24.576/DF, rel. Min. Ellen Gracie, *DJ* 12.09.2003; MS 24.356/DF, rel. Min. Carlos Velloso, *DJ* 12.09.2003.

No tocante à *vacatio legis,* por fim, a insuficiência do prazo legislativo de 30 dias parece estar acima de qualquer dúvida razoável. A complexidade da mudança estrutural do sistema processual criminal pátrio é inequívoca, em especial diante das proporções continentais do Brasil e da existência de um número significativo de comarcas com apenas um magistrado. Não obstante isso, a suspensão sem prazo preciso não se afigura adequada.

Com efeito, Sérgio Abranches (2018, Location 775) bem recorda que "inexiste o que os politólogos chamaram de 'não decisão'. Evitar decidir é sempre uma decisão". Inclusive o Supremo Tribunal Federal, principalmente em períodos de crise democrática e em períodos autoritários, possui certa tradição em suspender ou postergar decisões a partir de um agir estratégico que, na maioria das vezes, delega ao contexto político a decidir de uma forma ou de outra. Explica-se, a partir de um exemplo histórico, como o não decidir pode ser um esvaziamento da norma democrática constitucional.

Um ilustrativo exemplo de decisão por omissão foi o caso da sucessão do Presidente Getúlio Vargas. Em 1954, João Fernandes Campos Café Filho assumiu a presidência da (segunda) República brasileira, na condição de vice-presidente de Getúlio Vargas, que se suicidou em 24 de agosto de 1954. Por questões que mesclavam saúde e contexto político, Café Filho se afastou e foi impedido de retornar à Presidência da República pelo Congresso Nacional.

O presidente afastado, então, recorreu ao Supremo Tribunal Federal. Entretanto, a Corte Constitucional, por maioria de votos, em dezembro de 1955, suspendeu o julgamento. Nas palavras de Abranches (2018, Location 781): "outra não decisão que decidia deixar que a transição (da Presidência da República) se fizesse, por decurso de prazo, com Nereu Ramos na Presidência" – desrespeitando a decisão popular das eleições de 1950.

O Mandado de Segurança 3.557, de 1956, impetrado em favor de João Café Filho, tratava de resolução legislativa aprovada pela Câmara dos Deputados e pelo Senado Federal, que impediu o favorecido de reassumir o posto de presidente da República, após afastamento do cargo por motivo de doença. Não obstante o reconhecimento da tese pelo Ministro Relator no Supremo Tribunal Federal, o Ministro Ribeiro da Costa pediu adiamento do julgamento, o que foi fundamentado pelo ministro Sampaio Costa da seguinte forma: "Sr. Presidente, como o adiamento não implica em prejuízo para as partes interessadas e consoante os meus votos anteriores, sou pelo adiamento do julgamento" (BRASIL, Supremo Tribunal Federal, 1956, p. 6). Por maioria, o julgamento foi adiado. Como consequência, a transição foi feita por Nereu Ramos, como Presidente da República em exercício, e não pelo Vice-Presidente da República eleito pelo voto popular.

Como visto, a suspensão sem prazo de lei aprovada pelo Poder Legislativo e sancionada pelo Poder Executivo gera como efeito inevitável a neutralização da eficácia do produto político da democracia. Em outras palavras, opera um congelamento da vontade da maioria popular que desborda dos limites e das potencialidades inerentes ao controle de constitucionalidade, em especial quando decorrentes de decisões monocráticas proferidas em medidas cautelares.

Assim, ainda que incontroversa a necessidade de ampliação do prazo de *vacatio legis*, tanto não pode ser confundido com um esvaziamento do conteúdo da norma. É impositivo que a Corte Constitucional estabeleça um prazo, a fim de que a suspensão extraordinária dos efeitos da legislação tenha início e fim objetivamente demarcados, e assim restem observados os limites de atuação de cada um dos Poderes na construção política da lei.

Considerações finais

A figura do juiz de garantias é motivada, desde a sua origem, pela concretização do princípio constitucional da imparcialidade. Trata-se, assim, de garantir que os cidadãos de um Estado democrático de Direito sejam julgados por um juiz ou tribunal imparcial, ao final de uma persecução penal marcada pela rígida separação entre as fases de investigação e de instrução processual. A necessidade para tanto é evitar a quebra da imparcialidade em razão de eventual aquisição, pelo juiz, de extenso e pormenorizado conhecimento sobre os fatos delituosos no âmbito da investigação, antes de serem submetidos ao contraditório, minimizando as condições de o magistrado ouvir e sopesar as teses das partes com iguais chances de convencimento. Diante disso, entende-se, a partir do referencial teórico adotado, que há plena adequação constitucional e democrática do juiz de garantias à República brasileira.

Contudo, o questionamento do juiz de garantias criado pela Lei 13.964/19 – o chamado Pacote Anticrime – nas Ações Diretas de Inconstitucionalidade do Distrito Federal 6.298 e 6.299, colocou em dúvida a forma de estruturação dessa figura tomada a cabo pelo Poder Legislativo e pelo Poder Executivo. Além disso, as duas decisões, que podem ser compreendidas como conflitantes, dos ministros Dias Toffoli e Luiz Fux, colocaram em evidência a questão do legítimo espaço de atuação da Corte Constitucional pátria no âmbito do controle de constitucionalidade.

Diante desse contexto, com o objetivo de verificar a correção dos argumentos empregados pelas decisões, o presente ensaio adotou o sistema de freios e contrapesos da Constituição Federal de 1988, inspirado pelas propostas teórico-políticas dos Federalistas americanos, e a teoria dos espaços dogmáticos de Robert Alexy, como forma de definir o legítimo espaço do Supremo Tribunal Federal no exercício do controle de constitucionalidade dos atos dos demais Poderes.

Dois fundamentos destacaram-se dos demais como problemáticos a partir do paradigma teórico adotado, quais sejam: o argumento da má-formação do processo político decisório suscitado pelo Ministro Luiz Fux, e o argumento para as decisões de prolongamento da *vacatio legis* de ambos os julgadores. A análise dos argumentos e sua comparação com o referencial teórico exposto possibilitou a conclusão de que a Corte Constitucional invadiu o espaço político próprio do Poder Legislativo, violando o princípio democrático. O juízo político da extensão do debate legislativo pertence ao Poder com maior legitimidade democrática, que, na República brasileira, é o Parlamento. Isso

não significa que exames sobre a constitucionalidade dos atos do legislativo não são possíveis, mas que, no caso específico em análise, o argumento extrapolou o legítimo espaço de atuação da Corte Constitucional.

Ainda, no atinente às razões sobre as decisões de prolongamento da *vacatio legis,* essas foram compreendidas, num primeiro momento, como necessárias ante a flagrante dificuldade de ampla reestruturação do Poder Judiciário brasileiro. Entretanto, a necessidade de prorrogação da *vacatio legis* não pode ser confundida com o esvaziamento do conteúdo da norma. Entendeu-se como impositivo, portanto, que a Corte Constitucional estabeleça um prazo, a fim de que a suspensão extraordinária dos efeitos da legislação tenha início e fim objetivamente demarcados, observando os limites constitucionais da separação dos poderes brasileiros. A prorrogação *sine die*, ao operar um congelamento do produto legislativo, significa uma decisão por omissão, violadora, por via transversa, do princípio democrático formal.

Referências bibliográficas

ABRANCHES, Sérgio. *Presidencialismo de coalizão*: raízes e evolução do modelo político brasileiro. São Paulo: Companhia da Letra, 2018. Edição Kindle.

ALEXY, Robert. *Constitucionalismo discursivo*. 4. ed. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015a.

ALEXY, Robert. *Formal principles*: some replies to critics. *International Journal of Constitutional Law*, v. 12, issue 3, p. 511-524, jul. 2014.

ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica*. 4. ed. Trad. Zilda Hutchinson Schild Silva. Rio de Janeiro: Forense, 2017a.

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. 2. ed. Trad. Virgilio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2017b.

ALEXY, Robert. The dual nature of law. *Ratio Juris*, v. 23, n. 2, p. 167-182, jun. 2010.

BURNS, Arnold I.; MARKMAN, Stephen J. Understanding separation of powers. *Pace L. Rev.*, v. 7, issue 3, p. 575-607, Spring-Summer 1987. Disponível em: [http://digitalcommons.pace.edu/plr/vol7/iss3/2].

ELY, John Hart. *Democracy and distrust*: a theory of judicial review. Cambridge and London: Harvard University Press, 1980.

FELDENS, Luciano. *Direitos fundamentais e direito penal*: a Constituição Penal. 2. ed. Livraria do Advogado: Porto Alegre, 2012.

FELDENS, Luciano. Deveres de proteção penal na perspectiva dos Tribunais Internacionais de Direitos Humanos. *Revista Direitos Fundamentais & Justiça*, n. 01, p. 214-230, out.-dez. 2007.

GAVIÃO FILHO, Anízio Pires. *Colisão de direitos fundamentais, argumentação e ponderação*. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2010.

HAMILTON, Alexander; JAY, John; MADISON, James. The federalist: a commentary on the Constitution of The United States. A collection of essays. ed. John C. Hamilton. Philadelphia: J. B. Lippincott & Co, 1864.

KLATT, Matthias. Robert Alexy's philosophy of law as system. *Institutionalized Reason*, Oxford, p. 1-26, 2012. Disponível em: [https://ssrn.com/abstract=2984327].

KUHN, Thomas S. The structure of scientific revolutions. 4. ed. Chicago e London: The University of Chicago Press, 2012.

LIMONGI, Fernando Papaterra. "O Federalista". In: WEFFORT, Francisco C. (Org.). *Os clássicos da política*. São Paulo: Editora Ática, 2001. v. 1.

LOCKE, John. *Second treatise of government*. Book II, XVIII, § 202. Edição de C. B. Macpherson. Hackett, 1980.

LORENZONI, Pietro Cardia. *A regra do prejuízo aplicada às nulidades processuais penais*: estudo à luz da expansão do controle estatal pela via penal. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público, Porto Alegre, 2018.

LORENZONI, Pietro Cardia; MAYA, André Machado. Ativismo judicial e sociedade de risco: reflexos no âmbito da jurisdição criminal a partir do HC 126.292. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 151, p. 189-213, jan. 2019.

MAYA, André Machado. *Imparcialidade e processo penal:* da prevenção da competência ao juiz de garantias. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

MAYA, André Machado. O juizado de garantias como fator determinante à estruturação democrática da jurisdição criminal: o contributo das reformas processuais penais latino-americanas à reforma processual penal brasileira. *Revista Novos Estudos Jurídicos*, v. 23, n. 1, jan.-abr. 2018. Disponível em: [https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/13036].

MAYA, André Machado. *Juiz de garantias:* fundamentos, origem e análise da Lei 13.964/19. São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2020.

MORBACH, Gilbert. *Entre positivismo e interpretativismo, a terceira via de Waldron*. Salvador: Editora JusPodivm, 2020.

MULLER, Friedrich. *Métodos de trabalho de direito constitucional*. Trad. Peter Naumann. Porto Alegre: Síntese, 1999.

PULIDO, Carlos Bernal. The rationality of balancing. *Archiv Fuer Rechts- Und Sozialphilosphie*, 92 (2), p. 195-208, 2006.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 9 ed. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2007.

SARLET, Ingo Wolfgang. Constituição e proporcionalidade: o direito penal e os direitos fundamentais entre proibição de excesso e de insuficiência. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 47, p. 60-122, mar.-abr. 2004.

SIECKMANN, Jan-R. *La teoria del derecho de Robert Alexy*: análisis y crítica. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2014.

SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 798, p. 23-50, abr. 2002.

STRECK, Lenio Luiz. *Dicionário de hermenêutica*. Belo Horizonte: Letramento, 2017.

STRECK, Lenio Luiz. Hermenêutica jurídica e(m) crise. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

STRECK, Lenio Luiz. O ativismo judicial existe ou é imaginação de alguns? *Revista Consultor Jurídico*, Disponível em: [www.conjur.com.br/2013-jun-13/senso-incomum-ativismo-existe-ou-imaginacao-alguns]. Acesso em: 27.07.2017.

TRIBUNAL EUROPEU DE DIREITOS HUMANOS. *De Cubber vs. Bélgica* (*Application* n. 9186/80). Disponível em: [www.echr.coe.int/echr/Homepage_EN]. Acessa em: 07.05.2020.

TRINDADE, André Karam; MORAIS, Fausto Santos de. Ativismo judicial: as experiências norte-americana, alemã e brasileira. *Revista da Faculdade de Direito UFPR*, n. 53, 2011.

TULKENS, Françoise. O procedimento penal: grandes linhas de comparação entre sistemas nacionais. In: DELMAS-MARTY, Mireille (Org.). *Processo Penal e direitos do homem*. São Paulo: Manole, 2004.

ZAFFARONI, Eugênio Raul. *Poder Judiciário:* crise, acertos e desacertos. São Paulo: ed. RT, 2000.

Pesquisas do Editorial

Veja também Doutrinas relacionadas ao tema

- A constituição e a invalidade dos atos processuais, de Ada Pellegrini Grinover – *RDCI* 1/227-236 e *Doutrinas Essenciais de Processo Civil* 3/267-280 (DTR\1992\283);
- Jurisdição constitucional: uma análise histórica do controle difuso e concentrado, de Aline Aparecida Santos Costa Peghini e Samantha Ribeiro Meyer-Pflug – *RDT* 190/157-171 (DTR\2018\15621); e
- Princípios, regras e a fórmula de ponderação de Alexy: um modelo funcional para a argumentação jurídica?, de Thomas da Rosa de Bustamante – *RDCI* 54/76-107 e *Doutrinas Essenciais de Direitos Humanos* 1/979-1014 (DTR\2006\742).

Estética processual, garantias fundamentais e dosimetria da pena: por uma fase processual para individualização da pena

Aesthetic of the process, fundamental guarantees and application of penalty: through a stage of individualization of the sentence



Assista agora aos comentários do autor para este artigo

Cristiano Duro

Doutorando em Direito pela PUC-Minas (2018). Mestre em Direito Processual pela PUC-Minas (2014-2015). Especialização em Direito Processual pelo IDDE/IGC-UC (2011-2012). Professor em cursos de graduação e pós-graduação. Membro da ABDPro. Advogado em Belo Horizonte – MG.
ORCID: [https://orcid.org/0000-0001-6656-9484].
cristianoduro@ludassociados.com

Recebido em: 25.03.2019
Aprovado em: 26.08.2020
Última versão do autor: 28.08.2020

Áreas do Direito: Processual; Penal

Resumo: O presente texto arrisca-se a enfrentar a individualização da pena no processo penal. A partir da estética processual, buscará demonstrar-se o processo como forma de enganar a violência, o que persiste e serve para formação da culpa, autorizando a imposição da pena. Entretanto, após a afirmação de culpa do réu, ele adentra em uma zona de penumbra, na qual seus direitos e suas garantias são afastados, com a fixação da espécie e quantidade da sanção feita de forma discricionária e solipsista, impondo-se uma violência incompatível com o Estado Democrático de Direito. Em decorrência disso, propõe-se a necessidade de estruturação de uma fase procedimental própria, após formação da culpa, para individualizar a pena, sob a perspectiva do processo constitucional democrático, ou seja, sujeito à ampla defesa, ao contraditório, à isonomia e defesa técnica.

Abstract: This text risks facing the individualization of the sentence in the criminal process. From the procedural aesthetics, it will try to demonstrate the process as a way to deceive the violence, which persists and serves for the formation of guilt, authorizing the imposition of sentence. However, after the guilt decision, it enters a zone of penumbra, where the rights or guarantees of defendant are removed, fixing the kind and amount of the sanction by a discretionary and solipsist method, by subjecting the accused to a violence incompatible with the Democratic State of Law. As a result of this, the article proposes the necessity of structuring a proper procedural phase, after guilt formation, to individualize the sentence, under the perspective of the democratic constitutional process, that is, subject to ample defense, contradiction, isonomy and technical defense.

Duro, Cristiano. Estética processual, garantias fundamentais e dosimetria da pena: por uma fase processual para individualização da pena.
Revista Brasileira de Ciências Criminais. vol. 174. ano 28. p. 177-198. São Paulo: Ed. RT, dez. 2020.

Palavras-chave: Estética – Processo – Estado Democrático de Direito – Individualização da pena – Ausência de procedimento.

Keywords: Aesthetics – Process – Democratic State of Law – Individualization of sanction – Absense of procedure.

Sumário: 1. Introdução. 2. Estética e o Direito. 3. A violência e o processo. 4. O "belo" do processo representado na estética processual ou: de como a estética mostra um jogo de cena no processo. 5. A zona de penumbra, estética e a dosimetria da pena. 6. Conclusão. Referências.

1. Introdução

A estética é constante nos estudos filosóficos, apesar de ignorada por grande parte dos estudiosos do Direito. Entretanto, sua ligação com o direito é não apenas possível, mas essencial. Ela é não apenas antiga, mas necessária para a compreensão de inúmeros ramos do Direito.[1]

A partir da concepção de estética, devidamente delimitada, procura-se analisar a relação Estado-sujeito no constitucionalismo atual, apresentando uma crítica à concepção neoliberal de constitucionalismo e advogando para uma sociedade aberta dos intérpretes, de forma que não se autorize a exclusão de parte da Constituição por procedimentos e linguagens inacessíveis, que impedem o gozo dos direitos e das garantias que são outorgados a todos os cidadãos.

Para tanto, partiremos da relação entre estética e direito, tentando revelar, em seguida, a existência de violência impregnada no direito, mas oculta em virtude do processo. A estética processual retrata o belo, entendido como a implementação das garantias e dos direitos fundamentais, capaz de trazer a sensação de segurança e paz do sentimento de justiça.

Em seguida, busca-se desvelar a existência de uma zona de penumbra após a declaração da culpa, com a dosimetria da pena impermeável às garantias processuais, realizada de forma solipsista e discricionária.

O que se pretende com o presente estudo, por meio da teoria processual democrática, é a autocrítica dos fundamentos procedimentais estruturados no processo penal, afastando verdades universais construídas sob um senso comum teórico e estabelecidas por ideologias na imposição da pena, desvelando a mais completa ausência de participação do réu na dosimetria da pena, o que permitirá construir noções argumentativas-críticas, de sustentação interpretativa, capazes de eliminar o discurso de autoridade no processo

1. Este artigo é resultado do grupo de pesquisa "Processualismo Constitucional Democrático e reformas processuais", vinculado à Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais e cadastrado no Diretório Nacional de Grupos de Pesquisa do CNPQ.

penal em favor da capacidade de cidadania, em especial diante do proeminente papel do *processo* na construção do Estado de Direito Democrático.

2. Estética e o Direito

O que é estética e qual a sua ligação com o direito e a própria ciência processual? A filosofia é tradicionalmente dividida em metafísica,[2] ética, lógica e estética. O efeito da arte na vida do homem, e enquanto um conhecimento, já era objeto de debate entre Platão, com visão pessimista decorrente da impossibilidade de o belo do mundo das ideias ser suficientemente representado no mundo real, e Aristóteles, na defesa de uma possibilidade de universalidade como efeito da arte.

Kant, na tentativa de superar a distinção entre racionalismo e empirismo,[3] reconhece a base subjetiva da arte e seus efeitos; entretanto, nessa recepção subjetiva dos efeitos da arte para cada indivíduo, há um padrão no próprio entendimento humano e, por mais diverso que ele seja, encontra semelhanças, exigindo a admissão de uma universalidade em alguma medida. Assim, o belo somente seria belo se encontrasse essa recepção universal no entendimento humano, apesar das subjetividades.

É Walter Benjamim[4]quem reconhece, em um momento inicial, um processo de industrialização dessa arte; mas essa industrialização modificaria o belo, já que, com ela, perder-se-ia um sublime. A representação do belo não seria possível de reproduzir o sublime, de forma que, quanto mais massificada a arte, mais se perderia o sublime.

Adorno também reconhece o avanço da massificação da arte, em um processo de racionalização que denomina de Indústria Cultural, que tem o claro objetivo de permitir a produção em série de bens culturais, para satisfazer, de forma ilusória, necessidades geradas pela estrutura de trabalho, mantendo a carência por novos produtos. Estabelece-se um sistema de constante enganação sobre aquilo que realmente se necessita. Em outras palavras, "a indústria cultural continuamente priva seus consumidores do que continuamente lhe promete".[5]

---

2. Por razões metodológicas, assumimos a epistemologia como inserida adequadamente na metafísica, passando ao lado de debates sobre a questão, que não é objeto do presente texto. A própria tentativa de categorização da filosofia pode ser objeto de críticas, entretanto, serve ao propósito de explicar o posicionamento da estética na literatura filosófica.

3. MARCONDES, Danilo. *Iniciação à História da Filosofia:* dos pré-socráticos a Wittgenstein. 13. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2010. p. 212.

4. BENJAMIM, Walter. A obra de arte na época de sua reprodutibilidade Técnica. In: LIMA, Luiz Costa. *Teoria da Cultura de Massa*. Trad. Carlos Nelson Coutinho. 6. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2000. p. 221-254.

5. ADORNO, Theodor W.; HORKHEIMER, Max. *Dialética do esclarecimento*: fragmentos filosóficos. Trad. Guido Antônio de Almeida. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1985. p. 180.

A estética raptada pela racionalidade ofereceria uma coisa e, ao mesmo tempo, privaria o ser daquilo, em um processo idêntico e semelhante, para se garantir organizadamente necessidades, de modo que o ser fique enclausurado nesse ciclo, como um eterno consumidor, tornando-se objeto da indústria cultural.[6]

Apropriando-se da ideia kantiana de que a qualificação do nosso juízo sobre algo belo é o fato de percebermos, na forma do objeto, uma finalidade, mas sem a capacidade de delimitação conceitual sobre qual o fim específico subjacente a ela, Adorno afirma que a arte contemporânea perdeu uma função específica, vinculando-se e relacionando-se com a ética.

Entretanto, emerge a arte moderna como força contrária às normas sociais, não se submetendo a limites, tornando-se de impossível conceituação, mostrando-se incompreensível e enigmática. Não diferente, a racionalização que buscava capturar a estética perde seu controle. Como aponta Nadja Hermann, o "conhecimento científico não pode mais ser visto como belo e harmônico, em busca da ordem e equilíbrio, tornando-se hostil à arte e ao mito e afastando elemento essencial para o incompreensível racionalmente: o absurdo da existência". [7]

E, embora belo não seja significante de bom, há uma simbiose entre as ideias estéticas e as da razão prática, em um movimento inverso em que o gosto começa a influenciar a moral, permitindo que a experiência estética ofereça representações sensíveis de ideias morais em uma aproximação da estética com a ética.[8]

Esse processo de estetização ocorre em três diferentes níveis, partindo da vivência em ambiente de emoções, no qual o belo importa no prazer, na diversão e no gozo, permitindo a associação artificial do belo à coisa, tomando o belo como lugar de conforto, sem rebeldia, docilizando o ser quando de sua obtenção. Em um segundo momento, a estetização se radicaliza pela alteração profunda da realidade material pela microestrutura computacional, passando a refletir, de forma imaterial e afetando diretamente a concepção de realidade, em uma "desrealização do real". Já no terceiro nível, tem-se a estetização da consciência, em que juízos morais têm, por critérios, a estética encampada nos projetos sociais, em que não se reconhece um fundamento último, mas uma "realidade de produtos, da mutabilidade, da artificialidade e de virtualidade".[9]

A relação entre lei e estética torna-se, então, natural. A relação entre direito e estética não é novidade na Filosofia do Direito, ao contrário, já em 1944, Richard Wolfson relacionava a estética ao Direito, enquanto a norte-americana Laura Fitzgerald, em 1986,

6. ADORNO, Theodor W.; HORKHEIMER, Max. A Indústria Cultural: o iluminismo como mistificação de massas. Trad. Júlia Elisabeth Levy. In: LIMA, Luiz Costa. *Teoria da Cultura de Massa*. 6. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2000. p. 168-214.

7. HERMANN, Nadja. Ética e Estética: a relação quase esquecida. Porto Alegre: EdiPUCRS, 2005. p. 23.

8. Ibidem, p. 25.

9. Ibidem, p. 29-36.

defendia a adoção, pela Suprema Corte dos Estados Unidos, de uma releitura da 14ª Emenda da Constituição – referente a um conceito de proteção igual – baseada na estética.[10] Mas a verdade é que juízos estéticos relacionados ao direito existem desde o surgimento do próprio direito, seja com a distinção entre *civis* e *potus* em Roma, nas leis de segregação norte-americanas, da década de 1920,[11] ou no *apartheid* da África do Sul.

Como pontua Nadja Hermann, ao "tratar da pluralidade na ética, a estética se interpôs pela sua possibilidade de transcender as fronteiras racionais, criando formas de sensibilidade e experiências de subjetividade".[12]

A incompreensão da relação entre estética e direito torna algumas especialidades jurídicas de difícil compreensão, inclusive pelos próprios juristas, como ocorre com a propriedade intelectual e o direito urbanístico, ramos que dialogam com questões estéticas e, mais do que isto, exigem juízos estéticos para sua compreensão e aplicação.

A estruturação de uma lei apresenta inúmeros critérios de estética, como enunciar em primeiro aquilo que considera importante: trazer os direitos e as garantias fundamentais logo após enunciar os princípios fundamentais do Estado, como faz a Constituição de 1988, não permite dúvidas sobre a importância do indivíduo para o texto. Se for importante, que venha em primeiro, esteticamente falando.

A simples existência, de forma expositiva e primeira, dos direitos fundamentais na Constituição é suficiente para considerar um Estado Democrático calcado em direitos fundamentais. Um sistema de garantias, expressamente encartado na Constituição e exibido em primeiro, revela o conjunto do belo, o lugar em que repousa o conforto e a tranquilidade do cidadão.

A grande questão que se coloca é aquilo revelado além dos contornos estéticos, fora dos limites do que é considerado belo. Perquire-se se o belo, considerado como os direitos e as garantias fundamentais inseridos e exibidos como núcleo estruturante da Constituição, é efetivamente implementado e condiz com o cenário processual.

Os professores da Universidade de Caldas, na Colômbia, Gabriel Mendes Hincapíe e Ricardo Sanín Restrepo, propuseram, a partir de teses eleitas, apresentar um estudo crítico em relação à economia-política e ao direito.[13]

Partindo de Antônio Negri e Michel Hardt, definem a *supremacia* como a união permanente de várias formas de poder, conectadas por uma lógica de domínio de estruturas

10. FITZGERALD, Laura. Towards a Modern Art of Law. *Yale Law Journal*, New Haven, n. 96, 1986-1987. p. 2052.

11. SCHIRMER, Sherry. *A City Divided:* The Racial Landscape of Kansas City, 1900-1960. Columbia/Londres: University of Missouri Press, 2002. p. 98.

12. HERMANN, Nadja. Ética e Estética: a relação quase esquecida. Porto Alegre: EdiPUCRS, 2005. p. 29-36.

13. HINCAPÍE, Gabriel M.; RESTREPO, Ricardo S. La Constitución Encriptada: Nuevas formas de emancipación del poder global. *Revista de Derechos Humanos y Estudios Sociales*, [S.l.], ano 4, n. 8, p. 97-120, jul.-dez. 2012.

nacionais e novas estruturas supranacionais guiadas pelos imperativos do capitalismo que garantem sua reprodução (discurso direcionado), mas aumentam a assimetria das condições sociais, causando a completa dependência (relação de poder) do indivíduo diante do mercado.

O (neo)liberalismo atuaria contra a democracia por meio de três bases consubstanciadas na intensa e progressiva privação do público, despolitização dos conflitos sociais e promessa falida de inclusão na democracia, o que cuidaria de neutralizar qualquer ameaça às condições de existência do capitalismo.[14]

O direito liberal seria, então, despolitizado de todo tipo de conflito, para o qual a diferença e assimetria não seriam tratadas como problemas de grande iniquidade, injustiça ou opressão, mas, sim, como normalização controlada por uma superestrutura jurídica.

O discurso direcionado de direitos humanos se revela como axioma jurídico utilizado para docilizar os excluídos (*outsiders*), neutralizando os conflitos que não poderiam ser considerados como *conflitos,* mas apenas uma fissura na ordem social, despolitizando e asfixiando as manifestações. Assim, apontam Hincapíe e Restrepo, que "o reconhecimento de todo o ser na modernidade é claramente jurídico. Se o ser não comparecer como rival das chaves para o direito, a sua 'personalidade' é deslocada da realidade e seu reconhecimento é negado".[15]

O "ser" é um "não" como modelo abnegado, com a construção de um inimigo dele: não branco, não assalariado, não consumidor, resultando na própria ausência de reconhecimento da identidade de direitos humanos no discurso.

A Constituição política, tomada por uma metodologia interpretativa que a reduz a mero conjunto convencional de regras jurídicas, dissipando seu conteúdo por meio de uma linguagem elitista, na qual apenas um limitado número de especialistas tem condições de operar dentro da Constituição, faz perder toda sua comunicação política, servindo de instrumento para garantir o controle social e político absoluto sobre as áreas de conflito.

Hincapíe e Restrepo propõem, então, uma nova classificação das constituições, a ser feita sob a luz do método de eliminação democrático realizado por estrutura cindida em uma parte transparente e acessível da Constituição, aberta à sociedade e compreensível por todos; e outra parte opaca, com entrelaçamento progressivo de interpretação da linguagem, que retira o sentido e conhecimento comum para torná-lo capital exclusivo de uma relação de dominação.[16]

Apesar de os autores passarem *a latere* de qualquer debate estético, demonstram que a primeira parte da Constituição, tradicionalmente denominada de dogmática, é engendrada com o claro objetivo de docilização do ser social, exibindo em garantias seu direito

14. Ibidem, p. 102.

15. Ibidem, p. 104.

16. Ibidem, p. 111.

à vida, à moradia, à dignidade, o que o leva – o ser social – a acreditar que está inserido na estrutura social, em uma dominação-opressão consentida.

Constrói a parte transparente da constituição a figura do belo – estrutura e exibe traços autênticos de um livramento da violência estatal, um lugar seguro e prazeroso –, que omite toda a violência a qual está submetido o ser. É o lugar de limitação dos poderes estatais, do devido processo, da garantia de um contraditório e da ampla defesa, com atuação isonômica.

O Estado, em si, estampa a face da violência, mas seu elemento orgânico de constituição preceitua, esteticamente, em primeiro, as limitações dessa violência, apresentando um cenário belo de direitos e garantias fundamentais, que não permite ver para além daquilo, ocultando a violência existente.

3. A violência e o processo

O belo é, contudo, uma ilusão, um querer inalcançável que é garantido por mecanismos premeditados no intuito de impedir a sua implementação. Como diria Adorno,[17] estabelece-se um sistema de constante enganação sobre aquilo que realmente se necessita, oferecendo algo e, ao mesmo tempo, privando-o daquilo, em um processo idêntico e semelhante.

Serve-se do belo para ocultar a violência, pois o Estado e o próprio Direito (Estado de Direito) encarnam a violência. Contudo, tal afirmação somente é passível de compreensão com a superação da concepção weberiana de poder, resultante da violência explícita.

É que Weber identificava como poder apenas "a possibilidade de impor a própria vontade sobre a conduta alheia, dentro de uma relação social", legitimada a partir de uma dominação legal, tradicional ou carismática.[18] O poder seria incorporado por uma autoridade (burocrática, patriarcal ou heroica) e cognoscível ao dominado.

Ao se pensar o poder sob esse ângulo, estar-se-ia legitimada a dominação legal, sem qualquer violência, já que haveria a obediência a um determinado mandato na estrutura social. A violência somente seria necessária para manutenção da disciplina do corpo social, agindo explicitamente e de forma anunciada. Integrar o corpo social equivaleria ao belo kantiano, algo sublime e universalizável, uma vez que as bases de legitimidade de dominação seriam claras, permitindo se afastar por completo a violência.

17. ADORNO, Theodor W.; HORKHEIMER, Max. A Indústria Cultural: o iluminismo como mistificação de massas. Trad. Júlia Elisabeth Levy. In: LIMA, Luiz Costa. *Teoria da Cultura de Massa*. 6. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2000. p. 168-214.

18. WEBER, Max. Os três tipos puros de dominação legítima. In: WEBER, Max. *Sociologia*. Trad. Gabriel Cohn. São Paulo: Ática, 1979. (Coleção grandes cientistas sociais, n. 13).

Contudo, a realidade nua e crua foi denunciada por Foucault, que empreende uma guinada no pensamento tradicional e afasta-se da análise da relação Estado-cidadão (soberania), para orientar a análise de poder para as formas de sujeição do ser.[19]

A soberania, antes conceito central de toda estrutura política-teórica moderna, era calcada em um discurso de conflitos e lutas, apresentando Foucault uma releitura desse verdadeiro cenário de guerra contínua (*estado de guerra*), que ocorre em virtude da igualdade entre os homens, não em um momento anterior ou futuro, mas, sim, por meio de um movimento constante no exercício do poder, que não pressupõe embate direto, mas, ao contrário, evita-o, utilizando-se de um jogo de representações, ameaças e intimidações com três diferentes momentos.

O momento inaugural, com representações calculadas – eu me represento na força do outro, represento-me no outro que representa minha força etc. Em seguida, num segundo momento, as manifestações enfáticas e acentuadas de vontade que demonstram que se quer a guerra, a batalha, que não pode ser renunciada. Por fim, no terceiro e último momento, lança-se mão de táticas de intimidação entrecruzadas, incutindo o receio recíproco de fazer a guerra, de forma que "só ficarei tranquilo se você recear a guerra pelo menos tanto quanto eu – e mesmo, na medida do possível, um pouco mais".[20]

Por meio de uma nova estrutura de poder, direcionada inicialmente a extrair tempo e trabalho dos corpos dos súditos (homem-máquina) – hoje em prol de condutas desejáveis e esperadas pelo corpo social – com bases em vigilância e disciplinarização na forma de obrigações crônicas que docilizam os corpos, credos de uma autonomia claramente *direcionada* (racionalidade instalada) pelo poder disciplinar. Isso permite a Foucault afirmar que esse poder alheio à soberania é o poder disciplinar, por essência indescritível e injustificável nos termos da teoria da soberania, já que radicalmente heterogêneo.[21]

Ao traçar noções de biopolítica,[22] Foucault guarda estreita relação com a investigação do inter-relacionamento entre o poder e a constituição de sujeitos aptos a seguir os preceitos de uma estrutura social disciplinar, com múltiplas sujeições existentes e em funcionamento dentro do próprio corpo social.

19. FOUCAULT, Michel. *Em defesa da sociedade*. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 105.

20. Ibidem, p. 105.

21. Idem.

22. O termo biopolítica foi utilizado pela primeira vez pelo cientista político Rudolf Kjellén (1864-1922), ao compreender o Estado a partir de uma concepção organicista como "forma de vida" e "individualidade étnica". Essa forma de vida compreende grupos sociais que lutam pela existência, mas também cooperam, por meio de um procedimento dinâmico que compõe a vida do Estado, que Kjellén se propõe a estudar sob a rubrica de "biopolítica" (WALLENSTEIN, Sven-Olov. Introduction: Foucault, Biopolitics, and Governmentality. In: NILSSON, Jakob. WALLENSTEIN, Sven-Olov (Ed.). *Foulcault, Biopolitics, and Governmentality*. Huddinge: Södertörn Philosophical Studies 14, 2013).

Como explica José Gondra,[23] preocupa-se Foucault com um tipo de poder que pressupõe muito mais uma trama cerrada de coerções materiais do que a existência física de um soberano, revelando múltiplas relações de poder presentes em instituições sociais, nas quais foram forjados os indivíduos sociais normalizados e disciplinados.

Identificando a existência de uma série de fenômenos em que os mecanismos de poder passam a se interessar pelos corpos, ou "características biológicas fundamentais" da espécie humana, Foucault aponta para o biopoder como o conjunto de mecanismos que conduz essas características para a política, em uma estratégia de (bio)poder.[24]

Importante ressaltar que Foucault não considera o biopoder excludente da disciplina e soberania, ao contrário, agrega-se à soberania a disciplina, a legislação, produzindo um direito da soberania e mecânica disciplinares, que são duas peças absolutamente constitutivas dos mecanismos gerais de poder sociais,[25] de forma que os mecanismos de soberania e disciplina passam a ser identificados e diretamente relacionados ao biopoder.

É que o poder disciplinar cede lugar ao biopoder – poder sobre a vida – a ser exercido sobre muitos, em um jogo de exercício de poder por meio de mecanismos de regulação da população calcados em soberania-disciplina-biopoder.[26]

Afasta-se da concepção weberiana de poder, para escancarar a existência de relações e forças exteriores que assujeitam o agente social e que, muitas vezes, sequer são conscientemente percebidas.

Essa dominação, com intenção de manutenção de uma ordem injusta, que privilegia alguns grupos ou indivíduos em detrimento de outros, faz com que o arbitrário seja ignorado, pois transforma a visão e a ação dos agentes sociais sobre o mundo.[27]

Assim, o direito público de soberania e a mecânica polimorfa da disciplina manipulam a norma, seus desdobramentos e objetivos de assujeitamento, distinguindo-se conforme seu fundamento de funcionamento, seja por uma estrutura material de incidência corporal e individual das decisões (*disciplina*), seja por uma estrutura formal de poder (*soberania*).

Ao tentar revelar essa estrutura de violência simbólica, que oculta o arbítrio e a dominação, Hincapíe e Restrepo esclarecem que a parte transparente de uma Constituição, que estampa direitos e garantias fundamentais, apresentada anteriormente como o *belo,*

23. GONDRA, José G. Tomar distância do poder. In: RAGO, Margareth. VEIGA-NETO, Alfredo (Org.). *Para uma vida não-fascista*. Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2009. (Coleção Estudos Foucaultianos). p. 169-186.

24. FOUCAULT, Michel. *Segurança, território e população*. São Paulo: Martins Fontes, 2008. p. 3.

25. FOUCAULT, Michel. *Em defesa da sociedade*. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 45.

26. GONDRA, José G. Tomar distância do poder. In: RAGO, Margareth. VEIGA-NETO, Alfredo (Org.). *Para uma vida não-fascista*. Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2009. (Coleção Estudos Foucaultianos). p. 185.

27. BOURDIEU, P. *O poder simbólico*. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1989. p. 14.

é seguida por uma parte orgânica, capaz de desarticular por completo as dimensões garantísticas antes enunciadas.[28]

A parte orgânica da Constituição revela uma verdadeira criptografia constitucional, com linguagens, procedimentos e regras de tomada de decisões dentro da legislação, que dilui progressivamente a interação social dentro de uma institucionalização de poder densa e opaca. Com isso, a parte criptografada da constituição desarticula (desativa) a parte transparente, tornando-a inacessível aos cidadãos.

O indivíduo não tem acesso aos direitos e às garantias constitucionais, apesar de expressamente previstos e exibidos, vez que são inseridos em uma *zona de penumbra*,[29] impedindo acesso amplo e irrestrito àqueles direitos e garantias, como se pudessem ser alienados ou renunciados, em uma verdadeira Constituição criptografada.

Autoriza-se a "escolha discricionária" daqueles princípios e garantias fundamentais que serão reconhecidos e os momentos de sua incidência, em justa contraposição ao imposto pela Constituição, de forma que, apesar de ser ato fundante do Estado de Direito, resta inaplicável ao cidadão.

Entretanto, essa estrutura não está enclausurada no texto constitucional, replicando-se em normatizações infraconstitucionais, como no próprio processo, engendrado sob uma visão socializadora. O processo é pensado como uma relação jurídica entre os sujeitos processuais, hierarquizando os participantes, que passam a ser submetidos a um Estado-juízo, em um insuperável paradoxo.[30]Impregnada no ordenamento jurídico brasileiro desde o Estado Novo, essa estrutura influencia sobremaneira o Código de Processo Penal, concretizando uma intervenção ativa do Estado no processo, em sintonia com o modelo político totalitário e populista da época, que permanece arraigado no processo penal, apesar da Constituição de 1988 e o declarado sistema acusatório acolhido, recebendo, no curso histórico, novos elementos utilitaristas (custo/benefício),[31] abarcando o processo como relação jurídica como mero instrumento a serviço da jurisdição e, assim, não pode ser justificado como um fim em si mesmo, devendo buscar pelo resultado

28. HINCAPÍE, Gabriel M.; RESTREPO, Ricardo S. La Constitución Encriptada: Nuevas formas de emancipación del poder global. *Revista de Derechos Humanos y Estudios Sociales*, [S.l.], ano 4, n. 8, p. 97-120, jul.-dez. 2012.

29. A expressão é de Hart e utilizada por Lenio Streck, tendo por significado um espaço aberto inalcançável pela regra, que torna inevitável o poder discricionário do julgador (HART, H. *O conceito de Direito*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2012).

30. LEAL. André C. *Instrumentalidade do processo em crise*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2008.

31. Nesse sentido, identificando o hiperpublicismo, desde o Estado Novo, influenciando no sistema processual (NUNES, Dierle José Coelho. *Processo jurisdicional democrático*. Curitiba: Juruá, 2012. p. 159. E, ainda, STRECK, Lenio Luiz; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de; TRINDADE, André Karam. O "Cartesianismo Processual" em terrae brasilis: a filosofia e o processo em tempos de protagonismo judicial. *Revista NEJ – Eletrônica*, [S.l.], v. 18, n. 01, jan.-abr. 2013. p. 9-15.

socialmente mais satisfatório no plano finalístico da função jurisdicional, considerando seus escopos metajurídicos.[32]

A postura arbitrária esconde-se com a sustentação de enunciados hermenêuticos trazidos com o "neoconstitucionalismo" brasileiro, que busca fundamentação em postulados axiológicos e valorativos, sob a falsa crença de que a jurisdição seria responsável pela incorporação de "verdadeiros valores"[33] – escopos metajurídicos – incongruentes com o paradigma que será traçado (constitucionalismo contemporâneo) e incapazes de propiciarem a construção de um direito democraticamente produzido, sob o lume de uma Constituição normativa e da integridade da jurisdição.

Essa exclusão de democraticidade processual encontra inúmeros signos, como a *efetividade* ou *celeridade,* apresentados como valores vinculados ao ser social, mas que acabam por ser institutos de escape da democracia, escondendo, no próprio discurso, relações de dominação e opressão estatal. A opacidade dessas relações de dominação no processo recebe imprescindível contribuição da estética processual, utilizada como forma de estampar a parte transparente da lei, ocultando a violência.

4. O "belo" do processo representado na estética processual ou: de como a estética mostra um jogo de cena no processo

Como demonstrado, a Constituição, em sua parte primeira, enuncia inúmeros direitos e garantias fundamentais, entre os quais se encontram as garantias processuais do contraditório, da ampla defesa, da isonomia e duração razoável do processo, reunidas sob o devido processo legal. Essas garantias compreendem o *belo,* sob a perspectiva de provocar a sensação de justiça, incutir o direito de defesa e participação de todos os cidadãos ao serem alvo de persecução estatal ou, ainda, de se levar determinado litígio para heterocomposição do Estado, no exercício monopolista da jurisdição.

A chamada pacificação social não ocorre apenas no resultado, mas no espetáculo exibido, que é capaz de trazer a sensação de justiça, tornando a violência estatal palatável ao se apropriar do chamado, por Leonardo Marinho Marques, eixo estrutural garantístico do processo – uma correlação entre não parcialidade do juízo, o contraditório, a ampla argumentação e a fundamentação da decisão judicial.[34]

Contudo, a teoria processual, ainda arraigada na normatividade em vigência, assim como no íntimo de muitos juristas, não permite perceber que a estética apenas engana

32. LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria Geral do Processo:* primeiros estudos. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 84.

33. STRECK, Luiz Lenio. *Verdade e consenso*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 36-37.

34. MARQUES, Leonardo A. Marinho. O modelo constitucional de processo e o eixo estrutural da processualidade democrática. *Revista Brasileira de Direito Penal*, Porto Alegre, v. 2, n. 1, p. 47-53, 2016.

a violência do Direito, mas que, em sua conclusão, resta apenas a violência, característica mais marcante de uma visão instrumental-socializadora do *processo*, incrementando sua intensidade (opacidade), mesmo que em detrimento da legitimidade constitucional.

A estética não fica fora, ao contrário, serve para revelar em "uma pluralidade de sinais que atestam o respeito à legalidade", como exibidos na estética do processo penal, uma categoria que "denota as formas do rito judicial respondendo aos cânones da presunção de inocência, a imparcialidade do juiz e o contraditório".[35] A estética judicial do processo penal passa a se caracterizar como uma superestrutura enganadora, tingida de dourado para embelezar o ritual de sacrifício do processo, ocultando a força e violência das leis por uma ficção necessária,[36] mas que, ao final, acaba por revelar toda tirania do poder.

O cenário é montado: acusação, defesa, audiência, sustentações orais, testemunhas e provas. Os atores do processo penal são conduzidos nas disputas e locais em que ele se desenvolve.[37] Uma prática que pode ser observada, afinal, deve ser visto que o indivíduo tem as garantias e elas são observadas, concretizando-se, dessa maneira, os cânones ditados pelo devido processo.

O juiz deve ser imparcial e estar equidistante, ficando ao centro da sala de audiências, para não deixar escapar suas pré-compreensões não desmascaradas por afrontar um contraditório entendido com influência e não surpresa, de forma que se torna o mais sólido e inconfundível pilar de sustentação do edifício processual, "um valor de justiça natural que quando vem a falhar torna o julgamento em uma farsa que subjaz, dependendo do caso, à tragédia de uma condenação anunciada ou à festividade imprópria de uma absolvição imerecida".[38]

Os chamados vieses cognitivos representam "atalhos cognitivos ou simplificações de que se vale inconscientemente quando se está diante de situações que exijam o processamento de informações complexas e tomada de alguma decisão",[39] a partir do horizonte histórico do magistrado, com suas pré-compreensões. São desses vieses – ou tendências decisórias irracionais –, mascarados pelo rito, anotando Amodio, que vem assim emergir "um aspecto da imparcialidade projetado inteiramente no plano da aparência. A justiça deve ser imune a favores ou temores em sua posição estática e expressa pela estrutura dos componentes psicológicos preexistentes no momento do julgamento".[40]

---

35. Tradução livre. AMODIO, Ennio. *Estetica della Giustizia Penale:* prassi, media, fiction. Milão: Giuffrè Editore, 2016. p. 20.

36. Ibidem, p. 21-25.

37. Ibidem, p. 22-23.

38. Tradução livre. Ibidem, p. 55.

39. NUNES, Dierle; SILVA, Natanael L. S.; PEDRON, Flávio Q. *Desconfiando da imparcialidade*: um estudo sobre os vieses cognitivos, a mitigação de seus efeitos e o *debiasing*. Salvador: Juspodivm, 2018.

40. Tradução livre. AMODIO, Ennio. *Estetica della Giustizia Penale*: prassi, media, fiction. Milão: Giuffrè Editore, 2016. p. 60.

A estética das garantias é, portanto, exposta e estruturada no cenário processual, com claro objetivo de esconder a violência que se "abate sobre um bode expiatório ou o engano que liberta o culpado das garras da sanção punitiva".[41] E a exibição também é garantida pela publicidade, que garante que as formas predefinidas tenham sua eficácia e continuem docilizando o corpo social, mas esconde o verdadeiro conflito entre autoridade e liberdade daquele acusado que foi considerado culpado. O juízo de culpa o afasta por completo da cena e também das garantias fundamentais.

5. A zona de penumbra, estética e a dosimetria da pena

O cenário já está desmontado, o acusado, agora com culpa declarada, foi visivelmente tratado como pessoa inocente, exibida a imparcialidade do julgador como uma implementação concreta do princípio da igualdade, e a externalização da conformidade antagônica como um antídoto às assimetrias participativas. Deve, agora, solitariamente e nas sombras daqueles direitos e garantias antes assegurados, sofrer com a atribuição de pena imposta, de forma violenta, única e exclusivamente pelo julgador.

É na coxia,[42] após todo jogo de cena, que sua pena será decretada. Esteticamente falando, em um lugar existente, mas em que a visão não alcança; apesar da existência do palco, o público não participa, não assiste; o próprio réu é retirado, não lhe é oportunizada a contribuição: enfim, só resta a violência, nua e crua, sem qualquer direito, garantia ou procedimento participativo capaz de enganá-la.

Essa *zona de penumbra,* um espaço aberto inalcançável, que torna inevitável o poder discricionário do julgador. Ao mesmo tempo, impede ao indivíduo acesso aos direitos e às garantias constitucionais de forma ampla e irrestrita, apesar de expressamente previstos e exibidos, como se pudessem ser alienados ou renunciados, desarticulando a parte transparente de uma verdadeira Constituição criptografada.

É que o *juízo de culpa* foi o objeto de debate durante todo o jogo de cena, o contraditório, a ampla defesa e a isonomia estiveram presentes no palco na tentativa de sustentar a inocência, presumida constitucionalmente para todo réu.[43]Como é presumidamente inocente, o debate durante todo o processo de conhecimento se deu sobre o *juízo de culpa*; em outras palavras, o procedimento se desenvolve para apurar a existência de autoria e materialidade.

São sobre autoria e materialidade as manifestações do réu, seus fundamentos de defesa são construídos sob a lógica de seu afastamento, de sua inocência. São essas as questões

41. Tradução livre. Ibidem, p. 55.

42. A coxia é o lugar situado dentro da caixa teatral – mas fora de cena – no palco italiano, em que o elenco aguarda sua deixa para entrar em cena em uma peça teatral.

43. O art. 5º, LVII, da Constituição assegura: "ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória".

previamente debatidas, sobre as quais pode o réu exercer sua influência pelo contraditório, afastando eventual surpresa na decisão. Não há que se falar, diante da inafastável presunção de inocência, sobre a espécie e *quantum* de eventual pena a ser aplicada e, portanto, a quantificação e qualificação do regime da pena não são objeto de debates.

Também em virtude da presunção de inocência, é impensável – e, portanto, impossível – se exigir que o réu assuma o debate sobre imposição de pena que lhe seria imposta ou mesmo seu regime de cumprimento enquanto busca afastar o juízo de culpa. Não se pode pretender que ele, mesmo sob a rubrica de "eventualidade", assuma uma situação provisória de culpa para adentrar na definição de eventual pena imposta, antecipando o debate sobre essa, sob pena de ferir gravemente seu *status* de inocência e a presunção constitucional que milita em seu favor.

Situação como essa violaria o princípio da presunção de inocência, além de claramente atuar nas pré-compreensões dos julgadores, fazendo o papel de confissão – afinal de contas, se é inocente, não debateria sobre eventual pena –, que poderia influenciar cognitivamente na decisão.

Não há dúvidas de que o princípio da presunção de inocência impede o debate sobre a quantificação da pena antes da declaração de culpa, o que decorre de todas as suas dimensões. É que o princípio da presunção de inocência pode ser observado por três diferentes prismas: *i)* a dimensão de tratamento ao indiciado ou réu (regra de tratamento), exigindo o tratamento de todos como inocentes, até que venha uma condenação resultante de uma sentença penal irrecorrível; *ii)* a dimensão probatória (regra do juízo), que traz regra probatória exprimida pela máxima do *in dubio pro reo*; *iii)* e a terceira dimensão de garantia (regra de Estado), impondo ao Estado que todo investigado ou réu seja tratado dignamente, compatível com seu estado de inocência.[44]

Por essa primeira proposição sobre o princípio da presunção de inocência, já se torna impossível obrigar o réu a se colocar como culpado, para discutir a pena na eventualidade de uma sentença condenatória, pois, nesse caso, não estaria sendo tratado como inocente, mas, sim, como já condenado – apenas o condenado está sujeito à pena.

Ademais, também a regra do juízo, em sua dimensão probatória, afasta a possibilidade de debate sobre eventual imposição de pena, uma vez que representaria verdadeira assunção de culpa, obrigando o réu, mesmo de forma eventual, a assumir (presumidamente) a culpa para discutir sobre eventual pena a lhe ser imposta, criando-se uma presunção probatória contra o réu – mesmo inexistindo provas, declare-se culpado e discuta a pena.

Mas é verdadeiramente a terceira dimensão que impede por completo o Estado de exigir do réu, desde a acusação ou durante a defesa, que discuta a pena e os elementos existentes no art. 59 do CP, pois, caso contrário, teríamos uma regra inconstitucional por

44. CASARA, Rubens R. R.; MELCHIOR, Antonio Pedro. *Teoria do processo penal brasileiro*: dogmática e crítica. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

violação ao princípio da inocência, ao se exigir do réu postura incompatível com seu estado de inocência.

Durante o procedimento penal, compreendido do inquérito até às alegações finais, não há espaço procedimental dialógico para discussão e debate da pena – até porque outro modo não poderia ser, sob pena de violar o princípio da presunção de inocência. Entretanto, caso formada a culpa, o inescrupuloso sistema processual vigente olvida que não houve debate e outorga apenas e simplesmente ao magistrado sua imposição.

A dosimetria da pena é um grave e sério imbróglio, cujos

> "problemas centrais na aplicação judicial da pena estão relacionados diretamente com a violação dos princípios constitucionais instrumentalizadores, ou seja, as nulidades mais frequentes são da ausência de fundamentação e da sobreposição ou supervalorização das circunstâncias incriminadoras."[45]

O que ainda não é percebido e tratado como muita naturalidade é a mais completa ausência de um espaço procedimental adequado para fixação da pena, passando *a lattare* de uma processualidade democrática, como se ao réu, após a declaração de culpa, não assistisse mais qualquer garantia fundamental, restando submetido ao arbítrio e solipsismo, em uma zona de penumbra, revelada pela estética processual. Afasta-se o processo, que engana a violência. Resta, portanto, apenas a violência.

O processo democrático depende de um esforço argumentativo das partes, não admitindo um "único e valoroso interprete do direito" com o comportamento discricionário e subjetivista.[46] Há, pós-Constituição de 1988, em ambiente democrático, exigência de legitimação da decisão,[47] que somente pode ser obtida por procedimento estruturado sob contraditório, ampla defesa, isonomia, defesa técnica e não parcialidade do juízo, em uma duração razoável.

A marcante exigência de participação como idealizador do princípio democrático levou André Del Negri a apontar que é característica marcante das sociedades totalitárias serem avessas ao debate, impedindo e silenciando o discurso dos atores sociais, o que não se adequa a uma teoria democrática, que busca a inclusão e participação dos atores

45. CARVALHO, Salo de. *Penas e medidas de segurança no direito penal brasileiro*: fundamentos e aplicação judicial. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 288.

46. BARROS, Flaviane Magalhães. *(Re)forma do Processo Penal*: comentários críticos dos artigos modificados pelas Leis n. 11.690/08, n. 11.719/08 e n. 11.900/08. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2009. p. 21.

47. GOMES DE FREITAS, Christiano R.; DURO, Cristiano. Legitimação decisória no Novo Código de Processo Civil. *Revista Opinião Jurídica*, Fortaleza, n. 16, ano XII, p. 112-128, 2014.

na construção de todo e qualquer ato estatal, em especial por decisões compartilhadas e não solitárias.[48]

A necessária participação no provimento jurisdicional, em todas as etapas, leva a uma assunção de responsabilidade entre todos os envolvidos no processo, tornando o procedimento (conjunto de atos coordenados visando a determinado fim) pressuposto de qualquer tomada de decisão, mas não apenas isso: há, necessariamente, que ser estruturado com comparticipação e policentrismo, institutivos de um processo normativamente disciplinado pelos direitos fundamentais, fomentando a participação e contribuição dos envolvidos.[49]

Ao se tratar sobre a dosimetria da pena, o direito material trazido pelo Código Penal normatiza, por meio de conceitos abertos, os pressupostos para o cálculo da penalidade a ser fixada, nos termos do art. 59, *caput*:

> "Art. 59 - O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e conseqüências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime: [...]."

A necessidade de fundamentação na individualização da pena é recorrente na doutrina pátria, ao observarem que

> "o dever constitucional de fundamentação atinge o procedimento judicial de individualização da pena [...], exigindo não apenas argumentação convincente dos motivos que levaram à definição da espécie e da quantidade de sanção aplicadas, mas a explicita demonstração probatória das circunstâncias apontadas como idôneas."[50]

Contudo, olvida-se que é pressuposto indissociável da fundamentação a existência do contraditório,[51] não podendo a fundamentação surgir de um zero hermenêutico, sem que antes as partes tenham produzido razões a serem apreciadas na construção da decisão.

O contraditório deve ser exercido em uma estrutura procedimental predisposta e existente, que não existe para individualização da pena, não sendo possível existir

48. DEL NEGRI, André. *Processo constitucional e decisão interna corporis*. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

49. NUNES, Dierle José Coelho. *Processo jurisdicional democrático*. Curitiba: Juruá, 2012. p. 147.

50. CARVALHO, Salo de. *Penas e Medidas de Segurança no direito penal brasileiro*: fundamentos e aplicação judicial. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 284.

51. LEAL. André Cordeiro. *O contraditório e a fundamentação das decisões*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

fundamentação em uma lacuna argumentativa da acusação e defesa. A fundamentação, nesse cenário, reveste-se de discricionariedade.

A perspectiva democrática supera uma dimensão de mera estrutura formal da construção dos provimentos, exigindo-se a legitimação na formação de provimentos, referendada não apenas pelo princípio constitucional de fundamentação, essencial para exercício da fiscalidade formal e material pelos cidadãos, mas também pela consideração dos argumentos apresentados e não surpresa dos participantes do processo.

A exigência de motivação da decisão, a partir do art. 381, III, do Código de Processo Penal, impondo ao juízo o dever de indicar os motivos de fato e de direito, para a tutela penal de natureza declaratória de culpa (absolvição ou condenação), alcança também, quando declarada a culpa, o procedimento de individualização da pena no escalonamento trifásico adotado pelo art. 68 do Código Penal.[52]

O contraditório, entendido como efetiva participação (influência) na construção da decisão e garantia de não surpresa, em percepção da interdependência dos sujeitos processuais, pressupondo a participação deles num agir discursivo, foi estabelecido normativamente no primeiro Código de Processo Civil democraticamente aprovado (CPC, art. 9º, 10 e 489, § 1º), evidenciando a grande importância de seu exercício em um ambiente democrático, cujo fundamento não é a lei, mas a própria Constituição.

Entretanto, quando se está diante da dosimetria da pena no processo penal, permite-se uma lacuna indescritível e invisível, imune a qualquer garantia fundamental, permitindo-se e autorizando-se o juízo de discricionariedade e arbitrariedade, em uma decisão surpresa e sem qualquer influência dos demais sujeitos processuais.

A exigência de que se enfrente todos os argumentos deduzidos no processo capazes de infirmar a conclusão atingida, sob pena de nulidade, bem como de que não se proferirá decisão contra o sujeito do processo sem que seja ele previamente ouvido, revigoram o contraditório e qualificam a fundamentação decisória. Deixa o contraditório de ser apenas direito de informação e manifestação, passando a ser representado então pelo quadrinômio informação-reação-diálogo-influência,[53] estabelecendo os dois últimos adjetivos espírito verdadeiramente democrático participativo à estrutura normativa, que, agora, além da participação simétrica, deve ser feita diante do "efetivo contraditório".

É o contraditório o elemento normativo estruturador do policentrismo, pois "impõe ao juiz o dever de provocar o debate acerca de todas as questões, inclusive de conhecimento oficioso" (não surpresa), garantindo a comparticipação das partes e "impedindo

52. CARVALHO, Salo de. *Penas e medidas de segurança no direito penal brasileiro:* fundamentos e aplicação judicial. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 285-286.

53. DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. *Processo Constitucional e Estado Democrático de Direito*. 4. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2018.

que em solitária onipotência aplique normas ou embase a decisão sobre fatos completamente estranhos a dialética".[54]

É de concluir que a procedimentalidade fiscalizadora e comparticipativa deveria ser estruturada no procedimento penal, permitindo que as partes, após o juízo declaratório de culpa, caso esse fosse positivo, declarando o réu culpado, tivessem oportunidade de influenciar na definição da *culpabilidade,* dos *antecedentes,* sobre a *conduta social* e *personalidade* do agente, concatenando argumentativamente as provas aos *motivos, circunstâncias* e *consequências* do crime, bem como ao *comportamento* da vítima, contribuindo de forma dialética e em contraditório na fixação da pena.

Aliás, sobre a questão, é possível traçar um paralelo com o processo civil diante de decisão meramente declaratória ou condenatória sem o *quantum*. Ao envolver critérios patrimoniais, o legislador se preocupou em entrever um procedimento em contraditório, com simétrica paridade, para fixação do valor, denominado liquidação de sentença. Surreal que, ao se tratar do mais caro valor democrático, a liberdade, permita-se a criação de uma zona de penumbra no processo penal, de forma que o juiz possa, solitariamente e de forma surpresa, definir a espécie e quantificar a sanção aplicada, sem qualquer participação de acusação e réu.

Já denunciava Leonardo Marques, "não há como buscar fundamentação constitucional para o processo sem abandonar a matriz da relação jurídica e a lógica da instrumentalidade", de forma que a imparcialidade deveria ser o não parcial, por aquele que aceita o diálogo em torno do próprio ponto de vista, sobre todas as questões existentes no processo.[55]

Essa ausência do espaço procedimental adequado acaba por criar a aqui denunciada zona de penumbra na dosimetria da pena, pois ela caberá ao julgador, solitariamente, sem contraditório, já que não há influência e será o capítulo da sentença (dosimetria da pena) verdadeira surpresa, apesar de ser o "processo penal é um caminho necessário para chegar-se, legitimamente, à pena".[56]

Não há contraditório, não há ampla defesa, não há processo legal. A partir de critérios subjetivos, sob o "primado do juízo moralista sobre as provas e fatos do processo",[57] ser-lhe-á imposta a pena. Sem qualquer participação, o agora declarado culpado adentra

54. THEODORO JR., Humberto; NUNES, Dierle José Coelho. Uma dimensão que urge reconhecer ao contraditório no direito brasileiro: sua aplicação como garantia de influência, de não surpresa e de aproveitamento da atividade processual. *Revista de Processo*, São Paulo, ano 34, n. 168, fev. 2009. p. 125.

55. MARQUES, Leonardo A. Marinho. O modelo constitucional de processo e o eixo estrutural da processualidade democrática. *Revista Brasileira de Direito Penal*, Porto Alegre, v. 2, n. 1, p. 43-53, 2016.

56. LOPES JR., Aury. *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*. 5. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

57. LOPES JR., Aury. *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*. 5. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 277.

em uma zona de penumbra, uma verdadeira escuridão, sem estética, sem simbolismo, sem qualquer experiência dramática, apenas a violência estatal na definição de sua sorte.

6. Conclusão

A estética relaciona-se com o Direito e permite desvendar a estrutura de poder por traz da normatividade. A mera exposição de direitos e garantias fundamentais não é suficiente para se garantir um Estado verdadeiramente democrático, ao passo que o ordenamento jurídico possui procedimentos capazes de desativar a parte transparente da Constituição.

O processo, então, exibe-se como forma de enganar a violência estatal, docilizando o ser ao mostrar o belo, o lugar do sensível prazeroso e tranquilo, apto a evidenciar a existência de um devido processo constitucionalizado, com garantia do contraditório, da ampla defesa, do juiz não parcial.

Contudo, trata-se de mero jogo de cena, ao passo que, declarada a culpa do réu, ele adentra em uma zona de penumbra, espaço imune de garantias e direitos fundamentais, preenchido por discricionariedade e arbitrariedade estatal, em que resta apenas e tão somente a violência, estampada sob as linhas de uma suposta motivação, sem qualquer contraditório antecedente.

A ausência de uma fase procedimental própria, após a declaração de culpa, de forma a se debater a individualização da pena, provoca decisão surpresa, sem qualquer influência dos destinatários, o que tolhe qualquer possibilidade de democracia.

Urge se reconhecer o contraditório como necessidade e direito de influência e não surpresa no processo penal, incidindo em todas as fases e sobre todas as questões necessárias, com clara e direta ligação com o contraditório, inclusive para individualização da pena, após a declaração de culpa, de forma a garantir a incolumidade da presunção de inocência, mas não impedir a efetiva participação do réu em todas as questões do direito penal.

Referências

ADORNO, Theodor W.; HORKHEIMER, Max. A Indústria Cultural: o iluminismo como mistificação de massas. Trad. Júlia Elisabeth Levy. In: LIMA, Luiz Costa. *Teoria da Cultura de Massa*. 6. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2000.

ADORNO, Theodor W.; HORKHEIMER, Max. *Dialética do esclarecimento*: fragmentos filosóficos. Trad. Guido Antônio de Almeida. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1985.

AMODIO, Ennio. *Estetica della Giustizia Penale*: prassi, media, fiction. Milão: Giuffrè Editore, 2016.

BARROS, Flaviane Magalhães. *(Re)forma do Processo Penal*: comentários críticos dos artigos modificados pelas Leis n. 11.690/08, n. 11.719/08 e n. 11.900/08. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

BENJAMIM, Walter. A obra de arte na época de sua reprodutibilidade técnica. Trad. Carlos Nelson Coutinho. In: LIMA, Luiz Costa. *Teoria da Cultura de Massa*. 6. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2000.

BOURDIEU, P. *O poder simbólico*. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1989.

CARVALHO, Salo de. *Penas e Medidas de Segurança no direito penal brasileiro*: fundamentos e aplicação judicial. São Paulo: Saraiva, 2013.

CASARA, Rubens R. R.; MELCHIOR, Antonio Pedro. *Teoria do processo penal brasileiro*: dogmática e crítica. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

DEL NEGRI, André. *Processo constitucional e decisão interna corporis*. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. *Processo Constitucional e Estado Democrático de Direito*. 4. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2018.

FITZGERALD, Laura. Towards a Modern Art of Law. *Yale Law Journal*, New Haven, n. 96, p. 2051-2081, 1986-1987.

FOUCAULT, Michel. *Em defesa da sociedade*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FOUCAULT, Michel. *Segurança, território e população*. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

GOMES DE FREITAS, Christiano R.; DURO, Cristiano. Legitimação decisória no Novo Código de Processo Civil. *Revista Opinião Jurídica*, Fortaleza, n. 16, ano XII, p. 112-128, 2014.

GONDRA, José G. Tomar distância do poder. In: RAGO, Margareth. VEIGA-NETO, Alfredo. (Org.). *Para uma vida não-fascista*. Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2009. (Coleção Estudos Foucaultianos).

HART, H. L. A. *O conceito de Direito*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2012.

HERMANN, Nadja. Ética e Estética: a relação quase esquecida. Porto Alegre: EdiPUCRS, 2005.

HINCAPÍE, Gabriel M.; RESTREPO, Ricardo S. La Constitución Encriptada: Nuevas formas de emancipación del poder global. *Revista de Derechos Humanos y Estudios Sociales*, [S.l.], ano 4, n. 8, p. 97-120, jul.-dez. 2012.

LEAL, André Cordeiro. *Instrumentalidade do processo em crise*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2008.

LEAL, André Cordeiro. *O contraditório e a fundamentação das decisões*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

LOPES JR., Aury. Direito processual penal e sua conformidade constitucional. 5. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

LOPES JR., Aury. *Introdução crítica ao processo*: fundamentos da instrumentalidade garantista. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

MARCONDES, Danilo. *Iniciação à História da Filosofia*: dos pré-socráticos a Wittgenstein. 13. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2010.

MARQUES, Leonardo A. Marinho. O modelo constitucional de processo e o eixo estrutural da processualidade democrática. *Revista Brasileira de Direito Penal*, Porto Alegre, v. 2, n. 1, p. 43-53, 2016.

NUNES, Dierle José Coelho. *Processo jurisdicional democrático*. Curitiba: Juruá, 2012.

NUNES, Dierle; SILVA, Natanael L. S.; PEDRON, Flávio Q. *Desconfiando da imparcialidade*: um estudo sobre os vieses cognitivos, a mitigação de seus efeitos e o *debiasing*. Salvador: JusPodivm, 2018.

SCHIRMER, Sherry. *A City Divided*: The Racial Landscape of Kansas City, 1900-1960. Columbia/Londres: University of Missouri Press, 2002.

STRECK, Luiz Lenio. *Verdade e consenso*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

STRECK, Lenio Luiz; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de; TRINDADE, André Karam. O "Cartesianismo Processual" em terrae brasilis: a filosofia e o processo em tempos de protagonismo judicial. *Revista NEJ* – Eletrônica, v. 18, n. 01, p. 05-22, jan.-abr. 2013.

THEODORO JR., Humberto; NUNES, Dierle José Coelho. Uma dimensão que urge reconhecer ao contraditório no direito brasileiro: sua aplicação como garantia de influência, de não surpresa e de aproveitamento da atividade processual. *Revista de Processo,* São Paulo, ano 34, n. 168, fev. 2009.

WALLENSTEIN, Sven-Olov. Introduction: Foulcault, Biopolitics, and Governmentality. In*:* NILSSON, Jakob. WALLENSTEIN, Sven-Olov (Ed.). *Foulcault, Biopolitics, and Governmentality*. Huddinge: Södertörn Philosophical Studies 14, 2013.

WEBER, Max. Os três tipos puros de dominação legítima. In: WEBER, Max. *Sociologia*. Trad. Gabriel Cohn. São Paulo: Ática, 1979. (Coleção grandes cientistas sociais, n. 13).

Pesquisas do Editorial

Veja também Doutrinas relacionadas ao tema

- A primeira fase da dosimetria penal: entre os dados de seletividade do controle penal e a realização do princípio da estrita legalidade, de Camila Cardoso de Mello Prando e Rafael da Escóssia Lima – *RBCCrim* 136/15-33 (DTR\2017\6315);
- Constituição e proporcionalidade: o direito penal e os direitos fundamentais entre proibição de excesso e de insuficiência, de Ingo Wolfgang Sarlet – *RBCCrim* 47/60-122, *Doutrinas Essenciais de Direito Penal* 1/99-152 e *Doutrinas Essenciais de Direitos Humanos* 2/555-610 (DTR\2004\160);
- Individualização da pena: alguns apontamentos sobre as circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal, de César Eduardo Lavoura Romão – *RIASP* 21/66-93 (DTR\2008\112);
- O direito fundamental à individualização da pena: uma análise crítica a partir do princípio da proporcionalidade, de José Francisco Dias da Costa Lyra – *RBCCrim* 118/93-121 (DTR\2016\670); e
- Princípios penais constitucionais, de Eduardo Ribeiro Moreira e Rodrigo Dias Rodrigues de Mendonça Fróes – *RDCI* 84/223-253 e *Doutrinas Essenciais Direito Penal e Processo Penal* 1 (DTR\2013\7366).

Apontamentos sobre a colaboração premiada na Lei Anticrime

Notes on the cooperation agreements in the Anti-Crime Law



Assista agora aos comentários do autor para este artigo

Frederico Valdez Pereira

Doutor em Direito Público, Justiça Penal e Internacional pela Università degli Studi di Pavia-Itália, em cotutela com o Doutorado em Ciências Criminais da PUC/RS. Mestre em Direito pela Universidade de Lisboa. Mestre em Ciências Criminais pela PUC/RS. Especialista em Direito Penal Econômico pela Unisinos/RS. Professor de Processo Penal na Escola Superior da Magistratura Federal do Rio Grande do Sul – ESMAFE/RS. Juiz Federal.
Lattes: [http://buscatextual.cnpq.br/buscatextual/visualizacv.do?id=K4257948U1].
ORCID: 0000-0002-4000-9021
frederico.valdez@trf4.jus.br
fvaldezpereira@gmail.com

Recebido em: 13.07.2020
Aprovado em: 24.08.2020
Última versão do autor: 03.09.2020

Área do Direito: Penal

Resumo: O artigo tem por objetivo analisar as alterações promovidas pela Lei 13.964/2019 no procedimento da colaboração premiada previsto na Lei 12.850/2013. Analisam-se, criticamente, as novas regras que disciplinam a etapa prévia de tratativas entre as partes para fins de formalização do acordo de colaboração premiada. Faz-se, ainda, avaliação do impacto que a reforma legislativa pode trazer no controle judicial para fins de homologação do acordo de colaboração. Com base em revisão bibliográfica, a questão que se pretende responder é se as alterações recentes significaram, de fato, aperfeiçoamento na matéria. Assim, as inovações legislativas na colaboração premiada são tratadas de modo analítico e propositivo, *de lege lata* e *de lege ferenda*.

Palavras-chave: Direito penal – Processo Penal – Colaboração Premiada – Pré-acordo – Organização criminosa.

Abstract: The aim of this article is to review the changes promoted by the Act 13,964/2019 in the procedure of the cooperation agreements provided the Act 12,850/2013. The new rules which regulate the previous stage of negotiations between the parties for the purpose of formalizing the collaboration agreement are critically analyzed. It is also assessed the impact that legislative reform can have on judicial control for the ratification of the collaboration agreement. Considering these issues, through bibliographic review, the question to be answered is whether the recent legislative changes have actually meant an improvement in the matter in question. Therefore, the legislative innovations on the collaboration agreement are treated in an analytical and purposeful way, *de lege lata* and *de lege ferenda*.

Keywords: Criminal Law – Criminal procedure – Cooperation agreements – Pre-agreement – Organized crime.

Sumário: 1. Introdução. 2. A disciplina legal da fase de pré-acordo. 2.1. O regramento procedimental da fase preliminar de negociação. 2.1.1. Indeferimento sumário da proposta de acordo de colaboração. 2.1.2. O prosseguimento das negociações e os efeitos decorrentes. 2.1.3. A descontinuidade das negociações e o indeferimento do acordo. 2.1.4. A instrução prévia ao acordo. 2.2. Limitações quanto à natureza e extensão dos prêmios ao colaborador. 2.3. A gravação das tratativas e dos atos de colaboração. 2.4. O dever de narrativa dos fatos: a pertinência de relato. 2.5. A regra do conflito de interesses. 3. Mudanças direcionadas ao órgão judicial de controle da colaboração premiada. 3.1. O duplo controle judicial na colaboração premiada. 3.1.1. Controle judicial realizado na fase de homologação do acordo. 3.2. Restrições ao princípio do livre convencimento motivado. 3.3. A imprecisa regra do § 7º-A do art. 4º da Lei 12.850. 4. Conclusões. Referências.

1. Introdução

A Lei 13.964/2019, lei de aperfeiçoamento da legislação penal e processual penal, passou a viger no dia 23 de janeiro de 2020. Relativamente à colaboração premiada, as principais alterações foram realizadas na Lei 12.850/2013. Há, no entanto, ao menos uma alteração no Código de Processo Penal com reflexos na colaboração premiada, e que decorre da introdução do chamado juiz das garantias na estrutura processual penal brasileira.

O inc. XVII do art. 3º-B do CPP prevê a competência do juiz de garantias para decidir sobre a homologação de acordo de colaboração premiada, quando formalizado durante a investigação. No entanto, houve decisão cautelar em Adin suspendendo a eficácia dos artigos 3º-A a 3º-F do CPP, na redação conferida pela Lei 13.964/2019, sustando, por ora, a novidade da introdução do juiz de garantias.[1]

O objetivo do presente artigo, assim, é examinar, criticamente, os reflexos das alterações introduzidas pela Lei 13.964/2019 na Lei das Organizações Criminosas, mais especificamente no tema da gestão da colaboração premiada. A referência que guia a abordagem são as novas regras de disciplina da fase preliminar de tratativas, e as mudanças implementadas nas funções do juiz na dinâmica operativa desse instrumento probatório.

Para fins expositivos e de sistematização, as alterações na colaboração premiada podem ser classificadas tendo por critério a fase (o momento) de sua incidência. Assim, temos: (i) as modificações legais que incidem até o momento da assinatura do acordo de colaboração; e (ii) as alterações legais incidentes a partir da fase de homologação do acordo. Essa foi a classificação adotada na elaboração deste texto.

1. Decisão cautelar na Adin 6.298, pelo Min. relator no STF, Luiz Fux, contemplando quatro ações diretas de inconstitucionalidade (6.298, 6.299, 6.300 e 6.305). Ver *link* para acesso à íntegra da decisão: [http://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=435253&ori=1]. Acesso em: 17.04.2020.

A classificação proposta tem a mera finalidade didática. Não há direcionamento estanque dessas regras. Como será possível perceber, há, sim, no geral, uma interação de efeitos, com a tendência de o regramento se refletir mais na fase preliminar pré-negocial, ou seja, atingindo os protagonistas do negócio jurídico processual; ou então com maior reflexo nas funções do órgão judiciário, ou seja, a partir da concretização do acordo.

Partindo da classificação indicada anteriormente, na primeira parte do texto serão analisadas as regras que passaram a disciplinar a etapa prévia de negociações entre as partes para fins de formalização do acordo de colaboração premiada. Na segunda parte do estudo, serão abordadas as novas disposições legais que tratam do controle judicial na fase de homologação do acordo, com foco nos efeitos da chamada lei anticrime sobre a atuação do juiz na colaboração premiada.

2. A disciplina legal da fase de pré-acordo

Quanto aos preceitos direcionados a regular a fase preliminar de tratativas entre os protagonistas da colaboração premiada, a primeira constatação é de que se trata de um importante avanço normativo no tema. O quadro anterior aproximava-se de um autêntico vácuo legislativo, acarretando incertezas na condução das aproximações entre os interessados no acordo, e um esforço inventivo na busca de mínima segurança jurídica.

A segunda constatação, também positiva, quanto às mudanças é de que a principal influência do legislador na positivação das regras aplicáveis à fase de negociações é a Orientação Conjunta 1/2018,[2] da 2ª e 5ª Câmaras de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal,[3] instrumento dirigente voltado a indicar critérios e parâmetros de atuação ao MPF, sobretudo na fase de tratativas. Conforme será indicado na análise das regras inseridas pela Lei 13.964/2019, houve um recepcionamento de indicações concretas contidas na referida Orientação Conjunta 1/2018.

No interior desse primeiro grande grupo de modificações efetuadas pela Lei 13.964/2019, é possível se visualizar duas finalidades relativamente distintas do legislador. O primeiro escopo foi de introduzir um regramento procedimental à fase

2. Nesse sentido, por ex., VACCARO, Luciano. Alterações promovidas pela lei anticrime na Lei do Crime Organizado: Lei 12.850/13. In: CAVALCANTE, André Clark Nunes. *Lei anticrime comentada*. Leme/SP: JH Mizuno, 2020. p. 65; MENDONÇA, Andrey Borges de. Negociação do Acordo de Colaboração premiada e as alterações introduzidas pela Lei 13.964/2019. Artigo escrito para obra coletiva do curso "Colaboração Premiada e Acordo de Leniência", promovido pela Escola da Magistratura do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, de 21 a 23 de outubro de 2019. 2020 (no prelo). p. 3.

3. MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. Orientação Conjunta do Ministério Público Federal 1/2018 – Acordos de colaboração premiada. Disponível em: [www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr5/orientacoes/orientacao-conjunta-no-1-2018.pdf]. Acesso em: 07.06.2020. De agora em diante, citada apenas como Orientação Conjunta 1/2018.

preliminar de negociação. Foram estabelecidas as diretrizes da etapa anterior à formalização do acordo, quando se desenvolvem as tratativas entre os protagonistas da negociação processual, ou seja, entre interessado e celebrante.

O segundo propósito das alterações incide no espaço de pactuação das partes, e tem por finalidade estabelecer maiores limitações nas concessões negociais entre os protagonistas. O cerne desse segundo escopo é o de restringir a natureza e extensão dos prêmios passíveis de outorga ao colaborador pelo acordo de colaboração. Essas duas finalidades serão abordadas na sequência.

2.1. O regramento procedimental da fase preliminar de negociação

Relativamente à fase preliminar de ajustes para fins de formalização do acordo, a redação original da Lei 12.850, além de interditar, no § 6º do art. 4º, a atuação do juiz na fase de negociações, que deve ser conduzida apenas pelos protagonistas do acordo de colaboração (interessado e celebrante), indicava ainda dois outros regramentos pontuais:

a) indispensabilidade da presença do defensor em todos os atos de negociação (§ 15 do art. 4º);

b) admissibilidade de retratação da proposta pelos protagonistas, o que gera impedimento de utilização das provas autoincriminatórias produzidas pelo colaborador exclusivamente em seu desfavor (§ 10 do art. 4º).

Esses três preceitos não foram objeto de alteração legislativa, permanecendo hígidos e vigentes. Mas é destacada a preocupação do legislador com a fase preliminar de negociações entre os protagonistas do acordo, tanto que uma das marcas da reforma na colaboração premiada é a introdução da disciplina procedimental do pré-acordo. A Lei 13.964/2019 inseriu, nos artigos 3º-B e 3º-C, um significativo regramento acerca das tratativas prévias à concretização do acordo. Foram abordados os contornos dessa etapa preliminar já desde o seu princípio, com os primeiros contatos entre as partes, até o momento final da submissão do acordo ao judiciário para fins de homologação. Trata-se da formalização de um procedimento que antes admitia a quase que total informalidade.[4]

Em tese, a legislação não vedou que os primeiros contatos provenham de iniciativa do agente da persecução penal, mesmo porque a lei exige voluntariedade (art. 4º, Lei 12.850), e não espontaneidade. De qualquer modo, na linha do que já constava da Orientação Conjunta 1/2018, há um indicativo legal claro para que a formalização da iniciativa

4. MENDONÇA, Andrey Borges de. Negociação do Acordo de Colaboração premiada e as alterações introduzidas pela Lei 13.964/2019. Artigo escrito para obra coletiva do curso "Colaboração Premiada e Acordo de Leniência", promovido pela Escola da Magistratura do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, de 21 a 23 de outubro de 2019. 2020 (no prelo). p. 8.

da proposta seja da defesa, isto é, da parte que pretenda colaborar,[5] e não do órgão celebrante.

Particularmente, entende-se que não há impedimento de que a iniciativa da proposta para formalização do acordo provenha dos órgãos persecutórios. No entanto, a prática, principalmente no MP federal, não é essa. Os motivos são resumidos por Mendonça, e seriam tanto "para afastar alegação de eventual coação, ou seja, para não se alegar que o membro do MP forçou o investigado ou imputado a colaborar"; como por estratégia investigativa, uma vez que procurar a defesa para propor o acordo poderia "apontar para a fragilidade das provas do MP, o que pode colocá-lo em uma posição negocial desfavorável em futura negociação".[6] São motivações de estratégia, válidos, mas não de imposição legal.

A iniciativa do interessado deve ser formalizada mediante a denominada "proposta para formalização de acordo de colaboração", a qual, se não for sumariamente indeferida (art. 3º-B, § 1º), é o marco do início das negociações e da confidencialidade, conforme o *caput* do art. 3º-B.[7] Em outras palavras, é a baliza que indica o início das negociações preliminares e o dever de sigilo.[8]

A proposta para formalização do acordo de colaboração deve estar instruída por procuração do interessado com poderes específicos para o impulso das negociações prévias à colaboração, ou firmada pessoal e conjuntamente pela parte que pretende a colaboração. Não há possibilidade de nenhuma tratativa de colaboração sem a presença da defesa técnica (Art. 3º-C, § 1º).

A proposta do interessado requer um recebimento formal por parte do órgão da persecução, o que se dá mediante o "termo de recebimento da proposta de colaboração" (§ 5º do art. 3º-B). Trata-se do marco de formalização que efetiva a segurança aos protagonistas da negociação, pois, a partir desse registro, aplicam-se integralmente exigências de sigilo, confiança e boa-fé entre as partes.

A importância prática da oficialização desse marco é facilmente perceptível, bastando referir a exigência contida no § 4º do art. 3º-C, no sentido de que incumbe à defesa instruir a proposta de colaboração e os seus anexos com os fatos adequadamente descritos, com

5. Nesse sentido os itens 4 e 5 da Orientação Conjunta 1/2018. Na doutrina, ver VACCARO, Luciano. Alterações promovidas pela lei anticrime na Lei do Crime Organizado: Lei 12.850/13. In: CAVALCANTE, André Clark Nunes. *Lei anticrime comentada*. Leme/SP: JH Mizuno, 2020. p. 66.

6. MENDONÇA, Andrey Borges de. Negociação do Acordo de Colaboração premiada e as alterações introduzidas pela Lei 13.964/2019. Artigo escrito para obra coletiva do curso "Colaboração Premiada e Acordo de Leniência", promovido pela Escola da Magistratura do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, de 21 a 23 de outubro de 2019. 2020 (no prelo). p. 9, nota 25.

7. Era a redação do item 4 da Orientação Conjunta 1/2018.

8. MENDONÇA, Andrey Borges de. Negociação do Acordo de Colaboração premiada e as alterações introduzidas pela Lei 13.964/2019. Artigo escrito para obra coletiva do curso "Colaboração Premiada e Acordo de Leniência", promovido pela Escola da Magistratura do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, de 21 a 23 de outubro de 2019. 2020 (no prelo). p. 9.

todas as suas circunstâncias, indicando as provas e os elementos de corroboração. Como refere Mendonça, essa protocolização demarca uma espécie de "cadeia de custódia" do início da tratativa e das informações apresentadas, "delimitando temporalmente quando o imputado levou ao órgão de persecução as informações apresentadas nos anexos".[9]

Com o recebimento da proposta de acordo de colaboração, dois caminhos se abrem.

O primeiro deles é o prosseguimento das tratativas, quando então será firmado o termo de confidencialidade, conforme exige o § 2º do art. 3º-B. A outra possibilidade é a de indeferimento sumário da proposta pelo órgão persecutório, com a necessidade de apresentação da devida justificativa, consoante indicação do art. 3º-B, § 1º.[10]

2.1.1. Indeferimento sumário da proposta de acordo de colaboração

Em relação ao indeferimento liminar da pretensão de colaborar formulada pelo interessado e sua defesa, algumas questões merecem análise. Antes de tudo, parece ter ficado mais claro agora que não há na legislação um direito subjetivo do interessado ao acordo de colaboração. O art. 3º-A, que inaugura a seção I dedicada à colaboração premiada, explicitou que o acordo de colaboração premiada é negócio jurídico processual, o que indica de forma manifesta que sua formalização não pode ser imposta a nenhuma das partes.

Em um aspecto genérico relacionado à natureza do instituto, a colaboração premiada não pode ser imposta nem à defesa e nem à acusação.[11] Não há alguma espécie de direito subjetivo do interessado a ponto de forçar e impulsionar a concretização do instituto pelo órgão persecutório.[12]

---

9. MENDONÇA, Andrey Borges de. Negociação do Acordo de Colaboração premiada e as alterações introduzidas pela Lei 13.964/2019. Artigo escrito para obra coletiva do curso "Colaboração Premiada e Acordo de Leniência", promovido pela Escola da Magistratura do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, de 21 a 23 de outubro de 2019. 2020 (no prelo). p. 12.

10. Idêntica era a redação do item 4.1 da Orientação Conjunta 1/2018.

11. PEREIRA, Frederico Valdez. *Delação premiada*: legitimidade e procedimento: aspectos controvertidos do instituto da colaboração premiada de coautor de delitos como instrumento de enfrentamento do crime organizado. 4. ed. Curitiba: Juruá, 2019. p. 145-146; BRANDALISE, Rodrigo da Silva. O acordo de colaboração processual no Brasil: um negócio jurídico inserido no direito probatório. In: MENDES, Paulo Sousa de; PEREIRA, Rui Soares. *Prova penal teórica e prática*. Coimbra: Almedina, 2019. p. 221, destaca a capacidade de escolha e a liberdade de negociação dos protagonistas do acordo como aspectos inerentes ao negócio jurídico processual.

12. Nesse sentido, COURA, Alexandre de Castro; BEDÊ JR., Américo. Atuação do juiz no acordo de colaboração premiada e a garantia dos direitos fundamentais do acusado no processo penal brasileiro. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 105, v. 969, jul. 2016. p. 152; MENDONÇA, Andrey Borges de. Os benefícios possíveis na colaboração premiada: entre a legalidade e a autonomia da vontade. In: BOTTINI, Pierpaolo Cruz; MOURA, Maria Thereza de Assis (Coord.). *Colaboração premiada*. São Paulo: ed. RT, 2017. p. 62. Em sentido contrário, ver VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. *Colaboração premiada no processo penal*. 2. ed. São Paulo: ed. RT, 2018. p. 94 ss., 127.

No caso de haver recusa do ministério público ou da polícia, não cabe ao Poder Judiciário impor a realização dessa técnica especial de investigação e prova, que se embasa e pressupõe o acordo, e por isso necessita assegurar um espaço de razoável discricionariedade aos protagonistas. Nos termos mencionados por Coura e Bedê, hipóteses de intervenção e controle judicial, a ponto de concretizar o instituto sem concordância do órgão acusatório, devem ser excepcionais, perante uma situação muito específica ou de comprovado desvio funcional no âmbito da instituição do MP (após utilização do art. 28, CPP, por analogia).[13]

Em acréscimo, o mesmo artigo que inaugura o capítulo da colaboração premiada (art. 3º-A) menciona que o acordo de colaboração é um meio de obtenção da prova que pressupõe utilidade e interesse públicos. Segundo Vaccaro, a utilidade se refere à capacidade da colaboração de servir como meio de obtenção da prova, e o interesse público identifica-se pela potencialidade concreta de se obter, ao menos, algum dos resultados indicados nos incisos do art. 4º da Lei 12.850.[14]

Nesse contexto traçado mais claramente pela lei, percebe-se que há diversas razões relevantes e que podem fundamentar a conclusão da autoridade responsável pela persecução da ausência de utilidade e/ou interesse público no impulso do acordo de colaboração. Pode-se referir, por exemplo, entre outros motivos, o fato de as supostas revelações do agente já serem todas de conhecimento da investigação; a verificação de que algumas das declarações do agente são contestadas por outros elementos probatórios consistentes já obtidos; pela ausência de mínima corroboração das alegações feitas; por se tratar de um relato lacônico, ou pela ausência de credibilidade interna nas informações.[15]

---

13. COURA, Alexandre de Castro; BEDÊ JR., Américo. Atuação do juiz no acordo de colaboração premiada e a garantia dos direitos fundamentais do acusado no processo penal brasileiro. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 105, v. 969, jul. 2016. p. 152-3, segundo os quais impor um acordo é uma contradição em termos, sendo que o acolhimento do consenso no processo penal pressupõe assegurar um espaço de discricionariedade, ao menos quanto à intenção de pactuar.

14. VACCARO, Luciano. Alterações promovidas pela lei anticrime na Lei do Crime Organizado: Lei 12.850/13. In: CAVALCANTE, André Clark Nunes. *Lei anticrime comentada*. Leme/SP: JH Mizuno, 2020. p. 66. Cfr. MENDONÇA, Andrey Borges de. Negociação do Acordo de Colaboração premiada e as alterações introduzidas pela Lei 13.964/2019. Artigo escrito para obra coletiva do curso "Colaboração Premiada e Acordo de Leniência", promovido pela Escola da Magistratura do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, de 21 a 23 de outubro de 2019. 2020 (no prelo). p. 4, nota 11, o item 24.3 da Orientação Conjunta 1/2018 já indicava a necessidade de ficar demonstrado o interesse público para justificar a realização do acordo. Essa análise depende da existência de efetividade e de utilidade no acordo, ou seja, necessita que se manifeste a "capacidade real de contribuição do colaborador para a investigação, por meio do fornecimento de elementos concretos que possam servir de prova".

15. Sobre a aferição interna das palavras do colaborador, ver PEREIRA, Frederico Valdez. *Delação premiada*: legitimidade e procedimento: aspectos controvertidos do instituto da colaboração premiada de coautor de delitos como instrumento de enfrentamento do crime organizado. 4. ed. Curitiba: Juruá, 2019. p. 241 ss. Ver, ainda, MAGGIO, Paola. Il testimone "forte": specificità ed anomalie della prova dichiarativa nei processi di criminalità organizzata. *Diritto penale e processso*, Milano,

Essas razões podem se embasar ainda na ausência da potencialidade de eficácia, ou seja, na prognose negativa de alcance dos resultados indicados nos incisos do art. 4º, *caput*. Nesse aspecto, Riva refere-se ao fornecimento de informações que pareçam adequadas, segundo uma valoração probabilística, a consentir às autoridades "il raggiungimento dei risultati perseguiti dalle singole norme premiali".[16] Ou seja, é necessário que o agente forneça dados e informações idôneas ao alcance dos resultados probatórios previstos na legislação.

Podem se cogitar ainda outros motivos para o indeferimento sumário,[17] relacionados à legalidade do instituto, aos seus efeitos condicionantes ou à confiança, lealdade e boa-fé que devem direcionar compreensivamente todo o curso das negociações, desde os atos inaugurais.[18] Sinalize-se, nesse sentido, que não se podem identificar reservas mentais na narrativa do interessado, o potencial colaborador deve narrar todos os fatos ilícitos para os quais concorreu e que tenham relação direta com os fatos investigados (§ 3º, art. 3º-C), identificando os agentes envolvidos nesses fatos e os conhecimentos que podem contribuir na apuração completa dos ilícitos investigados.

Não é demais voltar a insistir na consideração dos fundamentos e razão de ser do instituto. Esse especial meio de obtenção da prova pressupõe a necessidade, em concreto, de os órgãos investigadores recorrerem ao instrumento de reforço na apuração, ante a situação de emergência ou bloqueio investigativo pelos métodos tradicionais.[19] Conforme Vasconcellos,

---

ano 12, n. 2, fev. 2006. p. 226, que menciona o saber específico e expressivo do conhecimento decorrente da dinâmica do delito, ou da associação dos quais o declarante participou diretamente, o que caracterizaria "un surplus conoscitivo in relazione alle caratteristiche dei fatti oggetto di accertamento processuale". Ou seja, em comparação com uma testemunha, o colaborador tem condições de prestar relato mais detalhado, com descrição de contexto e pontos de apoio.

16. RIVA, Carlo Ruga. *Il premio per la collaborazione processuale*. Milano: Giuffrè, 2002. p. 385. Mais amplamente, Riva indica, em síntese, os requisitos que seriam comuns a todas as espécies de colaboração, especificando: a voluntariedade; "il serio adoperarsi", que poderia ser identificado com a nossa exigência de efetividade no art. 4º, ou seja, a constância da postura colaborativa; os limites temporais; e, ainda, duas possibilidades: a idoneidade objetiva da conduta ao alcance dos resultados probatórios, ou então o efetivo alcance dos resultados probatórios, cf. *infra*, item 3.1.1.1.

17. Cfr. Referem DEZEM, Guilherme Madeira; SOUZA, Luciano Anderson de. *Comentários ao pacote anticrime*: Lei 13.964/2019. São Paulo: ed. RT, 2020. p. 211, que não há impedimento à submissão de nova proposta pelo interessado, desde que superadas as razões que levaram ao indeferimento da proposta anterior.

18. O *caput* do art. 3º-B é expresso em indicar que o recebimento da proposta para formalização de acordo de colaboração demarca a confidencialidade, configurando violação de sigilo e quebra da confiança e da boa-fé a divulgação de tais tratativas iniciais ou de documento que as formalize, até o levantamento de sigilo.

19. PULITANÒ, Domenico. Tecniche premiali fra diritto e processo penale. *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, Milano, ano 29, nova série, fasc. 4, out.-dez. 1986. p. 1.038, refere, entre as razões justificadoras do recurso à colaboração, para além do âmbito de reintegração da própria lesão, a presença de "una situazione di Ermittlungsnotstand:un blocco nelle indagini non altrimenti

requisitos como a adequação e a necessidade concreta do uso da estratégia investigativa embasada na cooperação de agentes do delito, além de incidirem na aferição da constitucionalidade, atuam como verdadeiros pressupostos de admissibilidade do instituto premial.[20]

Não há sentido e nem legitimidade em se propor a colaboração quando não estiver presente, pelas circunstâncias do caso, uma situação de indispensabilidade do recurso à colaboração, o que agora ficou mais claro na lei. A previsão do § 2º do art. 10 da Lei 12.850/2013, possibilitando a utilização da técnica de infiltração de agentes apenas na hipótese em que a prova não possa ser produzida por outros meios, deveria ser princípio geral para utilização das técnicas especiais.

Ainda a respeito do tema, há um precedente do STF no qual se afirmou a ausência de direito líquido e certo do agente à colaboração premiada, não sendo cabível se compelir o Ministério Público à celebração do acordo de colaboração. Foi lembrada a natureza de negócio jurídico processual do instituto, não cabendo, portanto, ao Poder Judiciário o juízo de conveniência e oportunidade na realização do acordo, o que, inclusive, já restou indicado pela lei ao vedar a participação do juiz nas negociações para fins de formalização do acordo de colaboração. E mesmo antes da introdução do dispositivo em análise (art. 3º-B, § 1º), foi referido pela corte que a negativa de realização do acordo por parte do órgão acusador deve ser devidamente motivada e orientada pelos critérios definidos em lei.[21]

Em complemento, cabe referir a distinção sinalizada pelo STF no referido julgado entre a colaboração premiada como negócio jurídico e a colaboração premiada como atividade. Em síntese, a corte referiu que a colaboração enquanto atividade pressupõe a adoção de uma postura colaborativa por parte do agente, sem que haja formalização de acordo.

Esse comportamento processual de colaboração do agente, acaso tenha efetividade e produza os resultados indicados na legislação, levaria ao reconhecimento pelo órgão judiciário dos benefícios atinentes à colaboração premiada enquanto atividade, mesmo sem a concretização prévia do negócio jurídico processual. A realidade jurídica da colaboração premiada enquanto atividade (não como negócio jurídico) poderia, sim, ensejar direito subjetivo do acusado aos prêmios proporcionais à sua atividade colaborativa, a serem fixados pelo juiz na sentença.[22] Sobre o tema, não cabe aqui repisar o debate sobre

---

superabile con gli strumenti ordinari". Sobre o tema, ver, por ex., RIVA, Carlo Ruga. *Il premio per la collaborazione processuale*. Milano: Giuffrè, 2002. p. 415 ss.

20. VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. *Colaboração premiada no processo penal*. 2. ed. São Paulo: ed. RT, 2018. p. 129 ss.; p. 243.

21. Trata-se do acórdão da 2ª Turma do STF no MS 35693 AgR/DF, rel. Min. Edson Fachin, j. 28.05.2019. Extrato da decisão pode ser consultado no Informativo 942 da jurisprudência do STF.

22. A respeito, ver MENDONÇA, Andrey Borges de. Negociação do Acordo de Colaboração premiada e as alterações introduzidas pela Lei 13.964/2019. Artigo escrito para obra coletiva do curso "Colaboração Premiada e Acordo de Leniência", promovido pela Escola da Magistratura do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, de 21 a 23 de outubro de 2019. 2020 (no prelo). p. 4, nota 12.

a denominada colaboração premiada unilateral, pelo que nos reportamos ao já publicado.[23]

Antes de complementar esse tópico, é preciso referir ainda a questão atinente à necessidade de "devida justificativa" do indeferimento da proposta de acordo de colaboração. A questão dos fundamentos dessa justificativa já foi tratada anteriormente. O importante a acrescentar é que não se pode exigir justificação detalhada, pelos riscos de se expor as estratégias e os rumos investigativos da apuração em curso, prejudicando, assim, o prosseguimento efetivo das apurações.[24]

Ainda sobre o indeferimento liminar, embora a lei não refira a opção do interessado para desafiar a decisão liminar do celebrante, reputamos adequada a alternativa referida por Vaccaro, de utilizar o § 14 do art. 28-A em analogia. Assim, seria permitindo ao interessado provocar a instância revisora do MP no caso de a proposta ter tramitado no Ministério Público.[25] Essa solução já havia sido indicada no STF, com base na redação originária do art. 28 do CPP, ou seja, de um escrutínio implementado no seio do próprio Ministério Público, aplicando-se, por analogia, o art. 28 do Código de Processo Penal.

No caso de a proposta ter sido direcionada à polícia, não haveria tais soluções de analogia (§ 14 do art. 28-A, ou o 28 na redação original), e, então, a saída poderia ser o redirecionamento da proposição pelo interessado diretamente ao Ministério Público. Pelo amplamente referido antes acerca da ausência de direito subjetivo à colaboração (ausência de direito líquido e certo), não caberia se cogitar de controle mediante mandado de segurança, conforme já chegou a ser sugerido pela doutrina.[26]

2.1.2. O prosseguimento das negociações e os efeitos decorrentes

Recebida a proposta e firmado o termo de confidencialidade para fins de prosseguimento das tratativas, já agora sob o mando dos deveres de sigilo, de boa-fé e confiança que vincula os protagonistas, não haverá óbice ao andamento normal das investigações. A Orientação Conjunta 1/2018 já indicava a possibilidade de prosseguimento das medidas de litigância, inclusive com imposição de medidas cautelares e assecuratórias durante

23. PEREIRA, Frederico Valdez. *Delação premiada*: legitimidade e procedimento: aspectos controvertidos do instituto da colaboração premiada de coautor de delitos como instrumento de enfrentamento do crime organizado. 4. ed. Curitiba: Juruá, 2019. p. 140-147.

24. VACCARO, Luciano. Alterações promovidas pela lei anticrime na Lei do Crime Organizado: Lei 12.850/13. In: CAVALCANTE, André Clark Nunes. *Lei anticrime comentada*. Leme/SP: JH Mizuno 2020. p. 68.

25. O § 14 do art. 28-A remete à nova redação do art. 28, que está com a eficácia suspensa por decisão do STF.

26. Ver, NUCCI, Guilherme de Souza. *Pacote anticrime comentado*: Lei 13.964, de 24.12.2019. Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 155. Na jurisprudência, basta referir o já aludido acórdão da 2ª Turma do STF no MS 35693 AgR/DF, rel. Min. Edson Fachin, j. 28.05.2019. Extrato da decisão pode ser consultado no Informativo 942 da jurisprudência do STF.

as tratativas, a não ser que houvesse acordo em sentido contrário excepcionando essas medidas.[27] Os órgãos da persecução penal e a defesa podem, de regra, impulsionar normalmente suas estratégias e linhas de atuação, inclusive no sentido de a instituição investigativa postular medidas invasivas em relação ao investigado, ou a defesa buscar o trancamento das apurações.

A decisão de recebimento da proposta do acordo de colaboração, que inaugura as tratativas, além de demarcar o início da confidencialidade, impor o sigilo, e os demais deveres atinentes à boa-fé e confiança na relação entre os protagonistas, enseja outro efeito relevante com reflexos no manejo das negociações. O § 2º do art. 3º-B estabelece que o recebimento da proposta e a assinatura do termo de confidencialidade, além de vincularem as partes envolvidas na negociação, impedem o indeferimento posterior do acordo sem justa causa.

Esse impedimento, é preciso esclarecer, está direcionado aos órgãos da persecução penal, os quais não podem encerrar as tratativas injustificadamente, sem a devida exposição dos motivos e a comunicação ao interessado. E as razões para a interrupção das tratativas pelo celebrante têm seu balizamento indicado de modo claro, conforme referido no subitem anterior, pelo dispositivo que inaugura o capítulo da colaboração premiada (art. 3º-A). O acordo de colaboração premiada pressupõe utilidade e interesse públicos, portanto, deve se enquadrar nesse domínio o fundamento para o bloqueio das tratativas ou para indeferimento do acordo.

2.1.3. A descontinuidade das negociações e o indeferimento do acordo

Conforme já sinalizado, a justa causa para indeferir o prosseguimento das negociações deve estar traduzida pela constatação fundamentada de que não permanecem as razões de utilidade e interesse públicos no acordo. Devem ser motivos verificados somente após o início das tratativas, e não de uma simples reavaliação ou de reconsideração sobre o contexto existente no momento em que foi dado seguimento às negociações com o recebimento da proposta do interessado e assinatura do termo de confidencialidade.

Os §§ 1º e 2º do art. 3º-B têm em comum a referência à necessidade de fundamentação no indeferimento da sequência das tratativas direcionadas à formalização do acordo. A diferença na redação dos dispositivos, além do momento em que se dá a denegação das conversações, está em que o § 1º fala em "devida justificativa" para o indeferimento, enquanto que o § 2º exige "justa causa" para a descontinuidade da negociação. Não há, assim, alguma distinção substancial nos motivos determinantes que legitimam a decisão do órgão persecutório de indeferimento das negociações. É necessária a exposição, pelo celebrante, de um fundamento minimamente embasado que indique razões que afastem a utilidade e/ou o interesse público no acordo.

27. O § 3º do art. 3º-B é muito similar ao item 17 da Orientação Conjunta 1/2018.

Inclusive a inconveniência de se exigir justificação detalhada, pelos riscos de exposição das estratégias e dos rumos investigativos da apuração em curso, que foi referida anteriormente em relação ao indeferimento sumário, aplica-se também ao indeferimento previsto no § 2º do art. 3º-B. Não seria razoável admitir que as tratativas para concretização de instituto que visa a superar dificuldades investigativas e que pressupõe utilidade e interesse públicos possa gerar o efeito oposto de prejudicar a efetividade de apurações em andamento e expor estratégias e medidas investigatórias pendentes como efeito da interrupção dessas tratativas.

A distinção, assim, decorrerá do momento em que se dá a denegação das conversações. A diferença do momento da avaliação sobre a continuidade das negociações não autoriza o órgão persecutório a uma reapreciação de situações já avaliadas quando do recebimento da proposta de formalização do acordo e assinatura do termo de confidencialidade. Assim, por exemplo, não seria possível reconhecer justa causa exigida pela lei a partir de uma justificativa embasada no fato de as supostas revelações do agente já serem todas de conhecimento da investigação, ou, então, alegando ausência de credibilidade interna nas informações, por se tratar de um relato lacônico ou inconsistente. Essas situações foram avaliadas pelo celebrante no primeiro momento, e não impediram o seguimento das tratativas.

No entanto, como a própria legislação deixa claro (§ 3º do art. 3º-B), o recebimento de proposta de colaboração e a assinatura do termo de confidencialidade não ensejam a paralisação das medidas investigativas, e nem obstam o impulso dos meios de litigância invasivos, acaso não tenha havido acerto formal em contrário. Inversamente, o que a lei estabelece é que a formalização do acordo de colaboração premiada poderá ser precedida de instrução para avaliar a "necessidade de identificação ou complementação de seu objeto, dos fatos narrados, sua definição jurídica, relevância, utilidade e interesse público" (Art. 3º-B, § 4º).

Assim, entre os motivos que podem representar a justa causa para o indeferimento posterior do acordo de colaboração pode-se mencionar, exemplificativamente, a verificação de que algumas das declarações do agente são contestadas por outros elementos probatórios alcançados no curso das investigações, ou a constatação de ausência de corroboração das revelações. Podem ainda ser identificadas reservas mentais nas declarações do interessado, seja para proteger determinados agentes, camuflar fatos ou preservar valores ou bens ilícitos. É possível que se evidencie também uma atitude reticente do interessado em auxiliar nas diligências.

Podem se cogitar ainda outros motivos para embasar a justa causa *ex* § 2º do art. 3º-B, decorrentes de fatores como o descumprimento dos deveres de confiança, lealdade, boa-fé e sigilo que devem direcionar compreensivamente todo o curso das negociações, desde os primeiros atos. A comprovação, por exemplo, de que o interessado ou sua defesa divulgaram as tratativas iniciais ou documentos que as formalizem, mesmo que internamente, para outros corréus envolvidos no fato (Art. 3º-B, *caput*), já pode ser motivo suficiente para a interrupção do prosseguimento das tratativas.

2.1.3.1. Efeitos do indeferimento do acordo sobre os elementos probatórios

Além dos motivos para o cessamento das tratativas, é preciso considerar os seus efeitos no rumo da apuração. Isso porque, nos termos do § 6º do art. 3º-B, acaso não haja formalização do acordo por iniciativa da polícia ou do MP, o órgão persecutório não poderá se valer de nenhuma das informações ou provas apresentadas pelo potencial colaborador. Os deveres de boa-fé e confiança norteiam essa fase prévia do pré-acordo, e o seu descumprimento enseja a ilicitude da prova.[28]

Relativamente ao material não utilizável no seguimento das investigações, a Orientação Conjunta 1/2018 era mais completa e evitava eventual dissenso, ao já mencionar a preservação dos elementos probatórios oriundos de linhas de investigação absolutamente independentes, mesmo no caso de interrupção das tratativas por iniciativa do celebrante.[29] São as situações em que os agentes da persecução penal alcançaram o dado com relevância probatória utilizando-se de meio de obtenção da prova completamente desvinculado e independente dos elementos informativos indicados pelo interessado na colaboração.

E aqui é importante lembrar o referido anteriormente acerca da necessidade de registro das etapas das negociações, mediante a documentação cronológica dos dados relevantes auferidos, nos moldes de uma cadeia de custódia. Esse registro cronológico das tratativas evidencia uma de suas principais relevâncias exatamente na hipótese de interrupção das negociações por iniciativa do celebrante.

O "termo de recebimento da proposta de colaboração" identifica formalmente o momento a partir do qual o imputado levou a conhecimento do celebrante o conjunto das informações que instruíram a proposta de colaboração e os seus anexos, conforme exigido no § 4º do art. 3º-C. A sequência das tratativas e a eventual instrução do acordo de colaboração (§ 4º, art. 3º-B) estarão também documentadas nos autos da proposta de colaboração, havendo, inclusive, indicação legal (§ 13, art. 4º) no sentido de que o registro das tratativas seja acompanhado de gravação das negociações.[30]

Pela análise de todo esse registro formal, será possível verificar as informações ou provas trazidas pelo potencial colaborador e o material investigatório absolutamente apartado, autônomo em relação à cooperação do interessado. Acaso haja contestação

28. MENDONÇA, Andrey Borges de. Negociação do Acordo de Colaboração premiada e as alterações introduzidas pela Lei 13.964/2019. Artigo escrito para obra coletiva do curso "Colaboração Premiada e Acordo de Leniência", promovido pela Escola da Magistratura do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, de 21 a 23 de outubro de 2019. 2020 (no prelo). p. 29.

29. Ver o item 40 da Orientação Conjunta 1/2018.

30. Embora a lei fale que a gravação deverá ser feita pelas seguintes formas: "magnética, estenotipia, digital ou técnica similar, inclusive audiovisual", entende-se que a norma deve ser interpretada mais como uma recomendação do que uma exigência. Ver, a seguir, item 2.3.

quanto à autonomia do material utilizado, caberá ao órgão da persecução comprovar que não se valeu dos dados revelados pelo potencial colaborador, identificando as fontes de provas que possibilitaram a obtenção do elemento probatório em questão.[31]

Na hipótese de não ser celebrado o acordo por iniciativa do interessado, em uma interpretação lógica, a *contrario sensu* do mesmo § 6º do art. 3º-B, infere-se que o órgão persecutório poderá utilizar todas as provas e informações apresentadas pelo potencial colaborador na continuidade das investigações.[32] Conforme lembra Dezem, a medida é adequada para evitar que o potencial colaborador macule provas relevantes, apenas iniciando, de má-fé, uma negociação com o celebrante guiado pela finalidade de inutilizar elementos probatórios.[33] Mas mesmo sem levar em conta a possibilidade de eventual intenção espúria na origem, os dados e elementos probatórios já alcançados pela investigação não poderiam ficar condicionados à postura ou à escolha posterior do potencial colaborador.

2.1.4. A instrução prévia ao acordo

Foi sinalizado anteriormente que a verificação dos pressupostos imanentes à concretização do acordo de colaboração premiada pode exigir a prática de diligências investigativas com vistas a esclarecer o fato narrado, e/ou atestar a relevância, utilidade e interesse público no acordo. A previsão do § 4º do art. 3º-B poderia até ser considerada prescindível, uma vez que o parágrafo anterior do mesmo dispositivo já prevê a possibilidade de prosseguimento normal das investigações, inclusive com a prática de medidas probatórias invasivas. Em todo modo, fica explícita a viabilidade de uma instrução prévia e incidente, direcionada especificamente a esclarecer o objeto do acordo de colaboração, ou, então, para melhor esclarecer o contexto fático dos delitos narrados, sua definição jurídica, e a potencialidade de eficácia dos relatos do colaborador[34] relativamente aos resultados indicados nos incisos do art. 4º.

---

31. Cfr. MENDONÇA, Andrey Borges de. Negociação do Acordo de Colaboração premiada e as alterações introduzidas pela Lei 13.964/2019. Artigo escrito para obra coletiva do curso "Colaboração Premiada e Acordo de Leniência", promovido pela Escola da Magistratura do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, de 21 a 23 de outubro de 2019. 2020 (no prelo). p. 30, o qual explicita que o ônus da prova quanto à autonomia da fonte e licitude da prova é do órgão de persecução.

32. VACCARO, Luciano. Alterações promovidas pela lei anticrime na lei do crime Organizado: Lei 12.850/13. In: CAVALCANTE, André Clark Nunes. *Lei anticrime comentada*. Leme/SP: JH Mizuno, 2020. p. 69.

33. DEZEM, Guilherme Madeira; SOUZA, Luciano Anderson de. *Comentários ao pacote anticrime*: Lei 13.964/2019. São Paulo: ed. RT, 2020. p. 213.

34. Sobre a potencialidade revelativa, ou eficácia virtual, ver PEREIRA, Frederico Valdez. *Delação premiada*: legitimidade e procedimento: aspectos controvertidos do instituto da colaboração premiada de coautor de delitos como instrumento de enfrentamento do crime organizado. 4. ed. Curitiba: Juruá, 2019. p. 168; DE-LORENZI, Felipe da Costa. A determinação da pena na colaboração

A importância dessa instrução prévia a ser conduzida pelo agente da persecução penal[35] protagonista das negociações estaria já justificada pela exigência da busca de identificação de elementos de corroboração das palavras do colaborador, necessidade agora ainda mais acentuada pela amplitude da incidência da regra de corroboração no § 16 do art. 4º.[36] Em todo caso, conforme esclarecido, o início formal das tratativas para formulação de acordo de colaboração não suspende o curso das investigações, e a própria intensificação das restrições à eficácia probatória das palavras do colaborador (§ 16, art. 4º) deve incentivar o aprofundamento da apuração com vista a buscar elementos de prova e de corroboração às palavras do colaborador.

Embora não tenha constado das alterações legislativas recentes, pode ainda se manter conveniente, em alguns casos, a possibilidade de realização de um pré-acordo, nos moldes em que indicado no item 12.1 da Orientação Conjunta 1/2018,[37] para fins de im-

premiada: análise da fixação dos benefícios conforme a Lei 12.850/2013 e o Supremo Tribunal Federal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 155, ano 27, maio 2019. p. 324.

35. NUCCI, Guilherme de Souza. *Pacote anticrime comentado*: Lei 13.964, de 24.12.2019. Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 155 refere que a instrução prévia deveria ser conduzida pelo juiz das garantias, reforçando que assim não se cai no risco de "operadores do Direito aptos a conduzir com parcialidade certa delação". No entanto, o juiz de garantias não possui atribuição de investigar, devendo controlar a legalidade das investigações e a salvaguarda dos direitos individuais. Essa também é a posição de MENDONÇA, Andrey Borges de. Negociação do Acordo de Colaboração premiada e as alterações introduzidas pela Lei 13.964/2019. Artigo escrito para obra coletiva do curso "Colaboração Premiada e Acordo de Leniência", promovido pela Escola da Magistratura do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, de 21 a 23 de outubro de 2019. 2020 (no prelo). p. 22; DEZEM, Guilherme Madeira; SOUZA, Luciano Anderson de. *Comentários ao pacote anticrime*: Lei 13.964/2019. São Paulo: ed. RT, 2020. p. 84.

36. MENDONÇA, Andrey Borges de. Negociação do Acordo de Colaboração premiada e as alterações introduzidas pela Lei 13.964/2019. Artigo escrito para obra coletiva do curso "Colaboração Premiada e Acordo de Leniência", promovido pela Escola da Magistratura do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, de 21 a 23 de outubro de 2019. 2020 (no prelo). p. 22. Nesse sentido, já se destacava a importância de os órgãos de investigação utilizarem a fase investigativa para integrar as revelações do colaborador. É indispensável prosseguir com a busca de outros elementos de corroboração em quantidade e qualidade suficientes a atestar a credibilidade do colaborador, cfr. PEREIRA, Frederico Valdez. *Delação premiada*: legitimidade e procedimento: aspectos controvertidos do instituto da colaboração premiada de coautor de delitos como instrumento de enfrentamento do crime organizado. 4. ed. Curitiba: Juruá, 2019. p. 268-9; BERNASCONI, Alessandro. *La collaborazione processuale*: incentivi, protezione e strumenti di garanzia a confronto con l'esperienza statunitense. Milano: Giuffrè 1995. p. 349.

37. Sobre o tema do pré-acordo, ver CALLEGARI, André Luís; LINHARES, Raul Marques. *Colaboração premiada*: lições práticas e teóricas, de acordo com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2019. p. 55 ss.; MENDONÇA, Andrey Borges de. Negociação do Acordo de Colaboração premiada e as alterações introduzidas pela Lei 13.964/2019. Artigo escrito para obra coletiva do curso "Colaboração Premiada e Acordo de Leniência", promovido pela Escola da Magistratura do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, de 21 a 23 de outubro de 2019. 2020 (no prelo). p. 22.

pulso das diligências incidentais prévias e coleta de declarações do interessado. No entanto, a razão de ser da elaboração do pré-acordo, de conferir segurança aos protagonistas e formalizar as negociações prévias, está em boa parte alcançada com a disciplina legal da etapa anterior à celebração do acordo.[38]

2.2. Limitações quanto à natureza e extensão dos prêmios ao colaborador

Uma das finalidades mais claras que se extrai das alterações legislativas implementadas pela Lei 13.964/19, na colaboração premiada, é a de restringir o âmbito dos benefícios passíveis de negociação e de concessão aos colaboradores no acordo de colaboração premiada. É questão delicada e de variáveis projeções.

Pela leitura do inc. II, § 7º, do art. 4º, os benefícios cabíveis são aqueles indicados no *caput* e nos §§ 4º e 5º do art. 4º. Em reforço, o legislador enunciou a nulidade de eventuais cláusulas do acordo que contenham alterações na definição do regime inicial de cumprimento da pena, ou que modifiquem os critérios legais de determinação do regime inicial, as regras dos regimes previstos no Código Penal e na Lei de Execução Penal e os requisitos de progressão de regime quando se afastem da disciplina legal.

Apesar desse direcionamento do legislador reformista, de estreitar o espaço de concessões na negociação entre as partes, é possível ainda conceber uma relativa ampliação nos prêmios pactuáveis na colaboração premiada. Isso porque, no tema dos benefícios aos colaboradores, concorda-se com parcela relevante da doutrina no sentido de existir uma espécie de microssistema da colaboração premiada no ordenamento brasileiro, que abrange o conjunto das leis que preveem benefícios aos colaboradores, sendo cabível a aplicação do regime premial que se apresentar mais benéfico ao colaborador no caso concreto.[39]

Assim, nessa direção, foi já reconhecido o caráter geral da Lei 9.807/99, de proteção às vítimas e testemunhas, sendo, inclusive, admitido em tese sua aplicação para qualquer

38. Vide § 6º do art. 3º-B.

39. MENDONÇA, Andrey Borges de. Os benefícios possíveis na colaboração premiada: entre a legalidade e a autonomia da vontade. In: BOTTINI, Pierpaolo Cruz; MOURA, Maria Thereza de Assis (Coord.). *Colaboração premiada*. São Paulo: ed. RT, 2017. p. 74 ss.; VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. *Colaboração premiada no processo penal*. 2. ed. São Paulo: ed. RT, 2018. p. 84; BITTAR, Walter Barbosa. *Delação premiada*: direito estrangeiro, doutrina e jurisprudência. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 158. Segundo VALENTE, Victor Augusto Estevam; MARTINS, José Eduardo Figueiredo de Andrade. O acordo de colaboração premiada na teoria dos negócios jurídicos: um diálogo entre o direito civil e o processo penal. In: GOMES, Luiz Flávio; SILVA, Marcelo Rodrigues da; MANDARINO, Renan Posella (Org.). *Colaboração premiada*: novas perspectivas para o sistema jurídico-penal. Belo Horizonte: D'Plácido, 2018. p. 526 ss., a colaboração premiada sequer poderia continuar sendo prevista em legislações esparsas, sendo importante a edificação de um microssistema de regulação da colaboração premiada.

crime.[40] O art. 15 da Lei 9.807 indica de forma expressa uma preocupação com a segurança e a proteção da integridade física do colaborador, o que vem reforçado pelo § 3º do mesmo dispositivo, ao referir a possibilidade de o juiz determinar medidas especiais que proporcionem a segurança do colaborador que estiver cumprindo pena privativa de liberdade em regime fechado.[41]

Além disso, de forma mais clara, o § 5º do art. 1º da Lei 9.613/1998, que dispõe sobre os crimes de lavagem de dinheiro, consente expressamente que o benefício abarque o regime de cumprimento da pena pelo colaborador, ao referir que a pena pode ser reduzida e cumprida em regime aberto ou semiaberto, facultando-se ao juiz, ainda, substituí-la, a qualquer tempo, por pena restritiva de direitos.

Na própria Lei 12.850, há previsão expressa do benefício de progressão de regime da pena privativa de liberdade ao colaborador, mesmo ausentes os requisitos objetivos disciplinados na lei para essa progressão (§ 5º do art. 4º). Embora a previsão se refira à colaboração posterior à sentença, não há razões para bloquear a aplicação analógica dessa regra para os acordos de colaboração anteriores à sentença.[42]

Além disso, a possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos é referida expressamente no *caput* do art. 4º, e parece não haver dúvida de que o dispositivo se refere à possibilidade de substituição da prisão por restritiva de direitos "ainda que ausentes os requisitos objetivos" para essa substituição,[43] do contrário não haveria sentido inserir tal medida a título de benefício ao colaborador.

Em resumo, mesmo mantendo-se a discussão no âmbito dos benefícios expressamente previstos em lei, é possível identificar a previsão legal de prêmios no âmbito tanto

40. Nesse sentido: PENTEADO, Jaques de Camargo. Delação premiada. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 95, v. 848, jun. 2006. p. 725; BITTAR, Walter Barbosa. *Delação premiada*: direito estrangeiro, doutrina e jurisprudência. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 146 ss.; GRANZINOLI, Cássio Murilo Monteiro. A delação premiada. In: BALTAZAR JUNIOR, José Paulo; MORO, Sergio Fernando (Org.). *Lavagem de dinheiro*: comentários à lei pelos juízes das varas especializadas em homenagem ao Ministro Gilson Dipp. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 145-167. VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. *Colaboração premiada no processo penal*. 2. ed. São Paulo: ed. RT, 2018. p. 82-83, o qual refere corretamente que se trata de possibilidade teórica, porque, na prática, os pressupostos do recurso às técnicas especiais de investigação e prova não consentem essa generalidade aplicativa.

41. O dispositivo reforça a indicação já feita na Convenção das Nações Unidas Contra o Crime Organizado Transnacional – Convenção de Palermo, promulgada no Brasil pelo Decreto 5.015/2004, art. 26.4 c/c art. 24; e na Convenção da ONU Contra a Corrupção – Convenção de Mérida, promulgada no Brasil pelo Decreto 5.687, de 2006, art. 37 c/c art. 32.

42. Parece ser a posição de VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. *Colaboração premiada no processo penal*. 3. ed. São Paulo: ed. RT, 2020. p. 200.

43. É a opinião, por ex., de MASSON, Cleber; MARÇAL, Vinícius. *Crime Organizado*. 3. ed., rev., atual., e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2017. p. 158; VACCARO, Luciano. Alterações promovidas pela lei anticrime na Lei do Crime Organizado: Lei 12.850/13. In: CAVALCANTE, André Clark Nunes. *Lei anticrime comentada*. Leme/SP: JH Mizuno, 2020. p. 71.

da definição judicial dos regimes de cumprimento das penas como de substituição por penas restritivas de direitos; mas entende-se que a reflexão deve seguir um pouco além do argumento estrito da legalidade.

Tornando à questão da segurança e integridade física do colaborador, manifestada de forma explícita tanto pela Lei de proteção às vítimas e testemunhas como pelas Convenções internacionais internalizadas pelo Brasil,[44] é preciso inserir na reflexão, de forma mais central, o problema da situação caótica da estrutura prisional no Brasil. A questão do estabelecimento adequado para o cumprimento de pena pelos colaboradores é preocupação constante no tema, o que restou afirmado na legislação como verdadeiro direito, *ex* art. 19 da Lei 9.807.

O diagnóstico já amplamente feito de ausência de estrutura mínima de prisões no país,[45] que foi inclusive categorizado pela Suprema Corte como estado de coisas inconstitucional,[46] deve ser levado em conta no momento da discussão sobre a sanção penal ao colaborador, especialmente quanto ao regime de cumprimento da pena e progressão da pena de prisão, antes de tudo pelo motivo óbvio da preservação da segurança e da integridade física do colaborador.

A disposição do § 3º do art. 15 da Lei 9.807, no sentido de que o juiz criminal poderá (deverá) determinar medidas especiais que proporcionem a segurança do colaborador em relação aos demais apenados,[47] quando se tratar de cumprimento da pena em regime fechado, leva ao questionamento acerca do tipo de medida especial que pode ser determinada, com eficácia, pelo juiz numa situação de caos penitenciário. A resposta a essa indagação já está clara e suficientemente indicada há muitos anos pelos tribunais, e pode ser resumida na tese que orientou a edição da Súmula Vinculante 56 do STF: "a falta de

---

44. Note-se que o argumento com base nas Convenções internacionais de Palermo e de Mérida foi amplamente desenvolvido pelo STF no precedente-guia, HC 127.483, Rel. Min. Dias Toffoli, Tribunal Pleno, *DJe* 04.02.2016, quando da análise da possibilidade de o acordo de colaboração dispor sobre os efeitos de natureza patrimonial.

45. O argumento das condições que oferecem as prisões encontra-se amiúde na tratativa analítica dos temas da dogmática penal, ver, por todos BUSATO, Paulo César. *Direito penal*: parte geral. São Paulo: Atlas, 2013. p. 768; o referido Autor inclusive faz o seguinte diagnóstico preciso na p. 831: "O volume de vagas nos estabelecimentos de regime aberto (casas de albergado) é praticamente inexistente, enquanto que o volume de vagas em regime semiaberto (colônias penais agrícolas e industriais) é muitíssimo pequeno. Ao contrário, o volume de vagas em regime fechado é enorme e ainda existe superlotação". No âmbito transnacional, limita-se a lembrar do diagnóstico contido no capítulo IV do *Informe sobre la situación de los derechos humanos en Brasil*, realizado pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos (Comissão IDH) a partir de visitas a estabelecimentos prisionais no país em 1997, (OEA/Ser.L/V/II.97, Doc. 29 rev.1). Disponível em: [www.cidh.org/countryrep/Brasesp97/indice.htm]. Acesso em: 14.05.2020.

46. ADPF 347 MC, Rel. Min. Marco Aurélio, Pleno, *DJe*-031, 19.02.2016.

47. Em reforço, o inc. VI do art. 5º da Lei 12.850 é expresso ao indicar, entre os direitos do colaborador, o direito de cumprir pena ou prisão cautelar em estabelecimento penal diverso dos demais corréus ou condenados.

estabelecimento penal adequado não autoriza a manutenção do condenado em regime prisional mais gravoso".[48]

A esse respeito, importante referir a reflexão delineada pelo Ministro Luís Roberto Barroso, no voto apresentado no julgamento da Questão de Ordem na Pet 7074. Primeiramente, o argumento se embasou na possibilidade de inserção no acordo de colaboração de benefícios penais não disciplinados na legislação, desde que não sejam vedados pelo ordenamento jurídico e não agravem a situação do colaborador. Em acréscimo, incluiu na linha argumentativa, exatamente, a constatação de que entendimentos mais benéficos aos acusados, muito em razão de *deficit* estrutural, são rotineiros, com concessões não previstas em lei, como a hipótese de substituir os regimes aberto e semiaberto por prisão domiciliar e uso de monitoramento eletrônico.[49]

Cabe considerar ainda que, nas tratativas para fins de acordos de colaboração, lida-se com prognose baseada na relação custo-benefício, de modo que fica antecipado o problema dos regimes de cumprimento da pena, da falta de estrutura carcerária e de segurança e proteção da integridade física do colaborador. Esses fatores devem ser considerados pelo interessado na contratação das cláusulas, particularmente porque os compromissos que deve assumir perante a persecução penal têm a nota do retorno à legalidade, consistente na contraconduta antagônica aos interesses da criminalidade organizada.[50] Essa consideração, indispensável na discussão das cláusulas do acordo de

48. A redação completa da súmula é: "A falta de estabelecimento penal adequado não autoriza a manutenção do condenado em regime prisional mais gravoso, devendo-se observar, nessa hipótese, os parâmetros fixados no RE 641.320/RS". Acerca dos parâmetros a serem observados em casos de ausência de estabelecimento adequado, ver, em especial, o tema repetitivo 993 julgado pelo STJ: REsp 1710674/MG, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, 3ª Seção, *DJe* 03.09.2018.

49. Nas palavras do Min. Barroso: "E nós fazemos isso em favor do acusado, dar sanção mais benéfica do que a que está prevista em lei. Aliás, ainda na terça-feira passada, na Primeira Turma, decidiu-se, por maioria, no sentido de uma prisão domiciliar fora das situações que o Código Penal regula para a prisão domiciliar. Como era em favor do réu, e não contra o réu, a ninguém pareceu fora de propósito" (STF, Pet 7074 QO, Rel. Min. Edson Fachin, Tribunal Pleno, *DJe*-085, de 03.05.2018). A realidade, há algum tempo, da justiça criminal já é de ausência de tornozeleiras para realização do monitoramento eletrônico. Nesse sentido, ver matéria do jornal Folha de São Paulo: ALMEIDA, Cleomar; SENA, Yala. Presos são soltos sem tornozeleira eletrônica em ao menos 7 Estados. *Folha de S. Paulo*, 2017. Disponível em: [www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2017/08/1914493-presos-sao-soltos-sem-tornozeleira-eletronica-em-ao-menos-em-7-estados.shtml]. Acesso em: 10.05.2020. Ou seja, estamos na fase de substituição da medida substitutiva, sempre por carência estrutural.

50. De fato, os riscos ao colaborador não se resumem apenas à esfera da associação criminal da qual fez parte. A doutrina reconhece um efeito de propagação ou alastramento dos relatos dos colaboradores, tendo em conta que não é incomum a indicação de dados e informações do contexto da atuação, das ramificações da associação, e de grupos concorrentes ou paralelos. Nesse sentido, por ex., GOMES, Luis Flávio; SILVA, Marcelo Rodrigues da. Negócios jurídicos premiais como instrumento de enfrentamento à corrupção: ativismo do Ministério Público, sua legitimidade democrática e captura de instrumentos negociais premiais de outras esferas de responsabilização.

colaboração, diz respeito à preservação da integridade física do colaborador não apenas ao longo das tratativas e do cumprimento das medidas de colaboração, mas, principalmente, na fase de execução das sanções penais. E cabe acrescentar que tal consideração deve ser feita também pelos órgãos persecutórios e judiciais.

Outros fatores imprecisos, de ordem mais genérica, poderiam ser mencionados para estimular alguma amplitude na esfera dos benefícios penais legalmente previstos aos colaboradores, inclusive – e sobretudo – no âmbito dos regimes de cumprimento das penas. A doutrina já referiu que o alargamento dos benefícios previstos em muitos acordos de colaboração firmados nos últimos anos no Brasil é diretamente proporcional à reconhecida carência de eficiência do sistema punitivo nacional em relação aos crimes políticos e empresariais.[51]

A estima da relação de custo-benefício que orienta as negociações para fins de firmar acordo de colaboração, nessa consideração quanto à efetividade (ou falta de) do sistema persecutório em relação à criminalidade econômica, insere ainda a prognose de soma das penas decorrentes de um relato ampliado, envolvendo uma série de fatos contidos em confissão detalhada do colaborador, conforme exigências dos §§ 14 e 17 do art. 4º da Lei. 12.850. Sendo que muitos desses fatos ensejarão tipificações acumuladas em concursos de crimes (corrupção, lavagem de dinheiro, crimes financeiros, organização criminosa), permitindo prognósticos de penas muito elevadas, que mesmo com redução até 2/3 ainda sinalizariam muitos anos em regime fechado de prisão.[52]

A intenção aqui não é de argumentar favoravelmente a acordos de colaboração demasiado indulgentes que possam ter sido celebrados nos últimos anos. Reflete-se, sim, sobre a dimensão abstrata da premialidade legal, ou seja, dos benefícios disciplinados na lei. Trata-se de uma abordagem de *iure condendo*. E embora se entenda, conforme mencionado anteriormente, que ainda há embasamento legal para concessões que abranjam o regime de cumprimento da pena e a substituição por medidas alternativas à prisão, também é inegável a intenção do legislador na Lei 13.964 de restringir os benefícios aos colaboradores, reduzindo o espaço premial.

In: GOMES, Luiz Flávio; SILVA, Marcelo Rodrigues da; MANDARINO, Renan Posella (Org.). *Colaboração premiada*: novas perspectivas para o sistema jurídico-penal. Belo Horizonte: D'Plácido, 2018. p. 20 ss.; ALFONSO, Roberto. Introduzione: il fenomeno del "pentitismo" e il maxiprocesso. In: TINEBRA, Giovanni; ALFONSO, Roberto; CENTONZE, Alessandro (a cura di). *Fenomenologia del maxiprocesso*: venti anni di esperienze. Milano: Giuffrè, 2011. p. 12.

51. MENDONÇA, Andrey Borges de. Os benefícios possíveis na colaboração premiada: entre a legalidade e a autonomia da vontade. In: BOTTINI, Pierpaolo Cruz; MOURA, Maria Thereza de Assis (Coord.). *Colaboração premiada*. São Paulo: ed. RT, 2017. p. 77-95.

52. Foi amplamente noticiado que alguns dos principais colaboradores no âmbito dos processos da chamada Operação Lava Jato teriam recebido penas de prisão, sem os benefícios da colaboração, de mais de 100 anos: GIL, Alessi. Delatores da Lava Jato: penas menores do que o previsto e patrimônio mantido. *El País*, 01.03.2017. Disponível em: [https://brasil.elpais.com/brasil/2017/02/02/politica/1486051264_488519.html]. Acesso em: 16.06.2020.

Ao estabelecer que o juiz deve realizar exame atento quanto à natureza dos benefícios previstos no acordo de colaboração, de modo a analisar sua compatibilidade com os prêmios regulados na Lei 12.850/13, e em outros diplomas legais que preveem sanção premial pela colaboração,[53] a intenção é de reduzir o espaço de pactuação entre os protagonistas do acordo. Houve, assim, restrição legal nas concessões negociais, ficando limitado o âmbito dos acertos e adequações do acordo de colaboração às necessidades jurídicas e fáticas envolvidas no regime do direito penal negocial e das sanções premiais. Ainda que, reitere-se, a interpretação de dispositivos legais consinta benefícios no âmbito dos regimes de pena e de substituição por penas restritivas de direitos. O fato é que a regulação dos regimes de pena de prisão no Código Penal é insuficiente para dar conta do tratamento carcerário aos colaboradores da justiça, mormente em situação de indigência estrutural.

Em conclusão a esse tópico, entende-se que o legislador teria andado muito melhor se tivesse buscado solucionar alguns excessos na concessão de prêmios aos colaboradores mediante uma regulação mais ampliada dos benefícios possíveis. Seria importante a regulação legal de disciplina mais nítida e detalhada da extensão, requisitos e limites das benesses no âmbito dos regimes de cumprimento das penas de prisão, e nas possibilidades de substituição por restritivas de direitos. Essa disciplina deveria prever mecanismos legais de adequação para os casos de penas acumuladas excessivamente elevadas a ponto de bloquear o acordo, ou de estimular as indesejadas soluções informais e de possível manejo das imputações.[54]

E não há aqui nenhum paradoxo. O primeiro passo para a redução das soluções informais na esfera negocial é o estabelecimento de normativa clara, adequada e ampla o suficiente para dar conta dos problemas inerentes às negociações no campo penal, e dos desafios advindos da estrutura prisional e do conjunto do sistema de justiça criminal. O direcionamento simplista de afirmar a contenção excessiva do espaço de negociação, quando esse espaço não está compatível com os problemas e desafios referidos anteriormente, permite constatar a insuficiência e inadequação da legislação, além de ser a semente para o crescimento das soluções informais.

---

53. Nesses termos, MENDONÇA, Andrey Borges de. Negociação do Acordo de Colaboração premiada e as alterações introduzidas pela Lei 13.964/2019. Artigo escrito para obra coletiva do curso "Colaboração Premiada e Acordo de Leniência", promovido pela Escola da Magistratura do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, de 21 a 23 de outubro de 2019. 2020 (no prelo). p. 23-24.

54. O problema dos acordos informais comuns antes da L. 12.850 é recordado por SALOMI, Maíra Beauchamp. Colaboração premiada: principais questões acerca da competência para homologação. In: BOTTINI, Pierpaolo Cruz; MOURA, Maria Thereza de Assis (Coord.). *Colaboração premiada*. São Paulo: ed. RT, 2017. p. 151. Essa preocupação foi destacada pelo Tribunal Federal Constitucional alemão ao insistir na necessidade de observância da disciplina legal de formalização expressa de acordos no âmbito da legislação negocial, cfr. indicado por WEIGEND, Thomas; TURNER, Jenia Iontcheva. The constitutionality of negotiated criminal judgments in Germany. *German Law Journal*, [S.l.], v. 15, n. 1, 2014. p. 97 ss.

Quanto a esse último ponto, é possível indicar um contrassenso na direção tomada pelas alterações promovidas pela Lei 13.964/19 no sistema jurídico penal brasileiro. Ao mesmo tempo em que a legislação se encaminhou por retirar qualquer controle judicial de legalidade sobre a qualidade da investigação e o arquivamento do inquérito penal,[55] instituiu um controle judicial mais rígido relativamente à legalidade dos benefícios previstos no acordo de colaboração premiada.

Nos termos do novo art. 28 do CPP, não haverá nenhum controle judicial sobre o ato de desfecho do inquérito sem oferecimento de denúncia. Pelo novo dispositivo legal, o Ministério Público não faz pedido de arquivamento, mas, sim, determinação de arquivamento. Embora a solução anterior fosse de um controle tênue, de remessa pelo juiz para revisão ministerial hierárquica, ao menos havia a possibilidade de atuação judicial e de indicação dos fundamentos legais que contrastavam a interrupção da persecução penal. Em um sistema como o anterior, sem a separação orgânica e funcional entre o órgão judicial com atuação na fase investigativa e o juiz da instrução e julgamento, chegava-se ao limite do possível para não colocar em risco a imparcialidade do julgador.

Pelo sistema delineado pela Lei 13.964, com a introdução do juiz das garantias, o controle judicial da legalidade e da obrigatoriedade da ação penal poderia ser qualificado, já sem os limites traçados pela imparcialidade para o julgamento da causa. No entanto, o caminho da apressada reforma de 2019 foi de retirar todo e qualquer controle judicial sobre a legalidade do procedimento administrativo formal de investigação de delitos. Em síntese, o prosseguimento ou não da atividade persecutória, com o oferecimento da denúncia ou arquivamento da investigação, tornou-se uma deliberação exclusivamente administrativa, sem qualquer mecanismo de controle judicial, sendo que a lei sequer refere necessidade de comunicação ao órgão judiciário do arquivamento feito.[56]

A indicação que se extrai, não de algum dispositivo legal pontual, mas do sistema instaurado pela Lei 13.964, é de que o ato de denunciar e/ou arquivar a investigação pode ser conduzido, na prática, também por critérios de conveniência e/ou oportunidade. Embora não declarada, e talvez não desejada pelo legislador, o fato é que tal consequência prática decorre não apenas da ausência de qualquer controle judicial sobre o encerramento do procedimento administrativo investigatório e sobre a deliberação da instância ministerial, mas da ausência do próprio órgão judicial no momento da determinação de arquivamento pelo órgão acusatório.

Voltando ao tema da colaboração premiada, a situação aqui foi na direção oposta e mesmo contraditória, pois a Lei 13.964 pretendeu não só qualificar, mas acentuar o

55. Posição que vem preponderando na doutrina nas reflexões sobre o novo regime de arquivamento do inquérito, ver, por ex., DEZEM, Guilherme Madeira; SOUZA, Luciano Anderson de. *Comentários ao pacote anticrime*: Lei 13.964/2019. São Paulo: ed. RT, 2020. p. 100; NUCCI, Guilherme de Souza. *Pacote anticrime comentado*: Lei 13.964, de 24.12.2019. Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 58.

56. Contrariamente à regra de abertura do inquérito, pois o art. 3º-B, inc. IV, determina que o juiz de garantias deve ser informado sobre a instauração de qualquer investigação criminal.

controle judicial quanto à legalidade dos benefícios penais contidos no acordo de colaboração. A contradição a que se faz referência está em que o controle judicial da legalidade foi intensificado no contexto em que há espaço de negociação consentido ao órgão acusatório, permitindo ajustamento e disposição acusatória, e foi eliminado exatamente no âmbito em que devem prevalecer postulados como a obrigatoriedade e a estrita legalidade acusatória.

Parecem soluções muito diversas quanto ao controle judicial sobre o encaminhamento acusatório e de imputação assumidos pelo ministério público. Para exemplificar, pensemos no desfecho de uma ampla investigação de vários delitos, na qual o MP encaminhe acordo de colaboração com um dos investigados, arquivamento relativamente a outro investigado, e denúncia apenas de parte dos fatos a outros investigados. Percebe-se que seguirá rígido controle judicial sobre a solução formalizada no negócio jurídico da colaboração premiada, nenhum controle judicial sobre o cabimento e as razões do arquivamento, e nenhum controle judicial sobre os fatos não imputados relativamente aos investigados denunciados.

Além disso, outro aspecto que se pretende deixar destacado é de que esse contrassenso legislativo pode fazer com que a eventual impossibilidade de adequar suficientemente os benefícios do colaborador no acordo de colaboração premiada leve a uma complementação do alívio persecutório no destino do inquérito, mediante amenização de imputações, supressões de relatos de fatos e de descrições de condutas.

Acaso venha a prevalecer o entendimento de que o órgão judiciário sequer atua no ato de arquivamento, a situação que se pode colocar, na prática, é de o MP celebrar acordo de colaboração com o investigado em relação a uma fração dos fatos investigados, e, em relação ao restante, manifestar expressamente que haverá prosseguimento da apuração, com encaminhamento diverso. A partir disso, o destino da apuração não estará mais na alçada do órgão judiciário, que não pode se imiscuir na determinação de arquivamento.

Esse tema merece estudo à parte, ante as várias perspectivas de abordagem e princípios envolvidos, mas é possível sinalizar que os sinais da lei parecem invertidos; o mais adequado teria sido, por um lado, qualificar o controle judicial no arquivamento dos inquéritos, e, por outro, alargar os espaços de negociação, ampliando e detalhando os benefícios legais, de modo a reduzir a ingerência judicial sobre as cláusulas dos acordos.

Retomando o tema deste tópico, outra limitação relativamente à natureza e extensão dos prêmios ao colaborador, incluída pela nova legislação, consta do § 4º do art. 4º. Trata-se da inserção de mais um requisito para viabilizar a outorga do benefício de não denunciar o colaborador,[57] também chamado de acordo de imunidade.[58]

57. Nos incisos do § 4º já constava a exigência de o colaborador não ser o líder da organização criminosa, e de ser o primeiro a prestar efetiva colaboração.

58. Cfr. VACCARO, Luciano. Alterações promovidas pela lei anticrime na Lei do Crime Organizado: Lei 12.850/13. In: CAVALCANTE, André Clark Nunes. *Lei anticrime comentada*. Leme/SP: JH Mizuno, 2020. p. 71. O item 20 da Orientação Conjunta 1/2018 refere que o benefício de não

O benefício somente será admissível nas hipóteses em que o acordo se referir à infração de cuja existência a autoridade persecutória não tenha prévio conhecimento. A própria lei inseriu já no § 4º-A do mesmo dispositivo o critério de verificação quanto ao prévio conhecimento do agente da persecução acerca da matéria: haverá prévio conhecimento quando o MP ou a autoridade policial competente tenha instaurado inquérito ou procedimento investigatório para apuração dos fatos narrados pelo colaborador.

2.3. A gravação das tratativas e dos atos de colaboração

Antes de encerrar essa primeira parte destinada a tratar de questões referentes às inovações legislativas no procedimento da fase preliminar das negociações, é importante, ainda, introduzir duas breves reflexões. A primeira é sobre a regra do § 13 do art. 4º, que refere que o registro das tratativas e dos atos de colaboração deve se dar por gravação pelas seguintes formas: "magnética, estenotipia, digital ou técnica similar, inclusive audiovisual". A nova regra não só indicou a necessidade do registro das declarações do colaborador como alargou a imposição de registro para as tratativas entre os protagonistas do acordo.

A razão de ser desse dispositivo, conforme indicado textualmente na redação legal, é de obter maior fidelidade das informações. A doutrina acresce, ainda, outras finalidades, como a de possibilitar maior segurança nos atos relacionados ao acordo,[59] ou a de resguardar o potencial colaborador de pressões excessivas, preservando a voluntariedade da cooperação com a persecução penal,[60] e, em geral, o fato de conferir mais transparência às negociações e facilitar a solução de impasses posteriores relativamente ao conteúdo de cláusulas do acordo, mediante acesso ao registro das tratativas.[61] Não há dúvida da importância de registrar a memória das negociações.

Contudo, há uma perspectiva inversa que identifica não só desvantagens, mas também riscos na aplicação peremptória desse regramento. Primeiramente, é preciso novamente lembrar a situação de reconhecidas carências estruturais dos órgãos de polícia, e mesmo de ofícios do Ministério Público, que podem não só dificultar, mas impedir a

exercício da ação penal somente pode ser proposto em situações extraordinárias, inserindo alguns parâmetros de análise.

59. DEZEM, Guilherme Madeira; SOUZA, Luciano Anderson de. *Comentários ao pacote anticrime*: Lei 13.964/2019. São Paulo: ed. RT, 2020. p. 212.

60. NUCCI, Guilherme de Souza. *Pacote anticrime comentado*: Lei 13.964, de 24.12.2019. Rio de Janeiro: Forense, 2020. 160.

61. MENDONÇA, Andrey Borges de. Negociação do Acordo de Colaboração premiada e as alterações introduzidas pela Lei 13.964/2019. Artigo escrito para obra coletiva do curso "Colaboração Premiada e Acordo de Leniência", promovido pela Escola da Magistratura do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, de 21 a 23 de outubro de 2019. 2020 (no prelo). p. 20.

gravação pelos modos indicados na legislação, obstaculizando o recurso ao instrumento investigativo.[62]

Pode-se também questionar situação em que o próprio potencial colaborador e seu defensor técnico postulem que não se conduza a gravação de todas as conversas impulsionadas nas negociações prévias, por receios, por exemplo, de vazamentos que possam intensificar a exposição do interessado e acrescer nos riscos pessoais ao colaborador. Nesse aspecto, a doutrina refere uma possível consequência já no âmbito interno da própria investigação, a ponto de afetar seu prosseguimento, tendo em vista que a prática de registro completo das conversas prévias pode ocasionar intimidação no interessado e na sua defesa, pela possibilidade de futura exposição da íntegra das negociações: "diminuindo a espontaneidade e a fluidez das tratativas".[63]

E de um ponto de vista ampliado, externo à investigação, não parece haver dúvida de que o material advindo do registro completo das negociações, antes sequer de acordo celebrado, amplia os riscos de exposição da imagem do potencial colaborador e das suas informações preliminares, agravando os riscos pessoais. O receio de vazamentos é sempre presente nos mecanismos probatórios que pressupõem o sigilo, e vislumbrar a perspectiva de registro ampliado de extensa negociação sem que sequer venha a ser celebrado o acordo é um elemento suficiente para multiplicar esse risco e embaraçar o avanço do negócio.

Foi já dito que a natureza e a forma como as declarações do colaborador são tomadas levam, com frequência, a que o efeito revelativo não se circunscreva apenas ao âmbito estrito no qual o agente cooperante estava inserido. A exigência ao interessado de descrição pormenorizada do envolvimento pessoal nos fatos, e da forma de atuação da organização delituosa, leva, muitas vezes, a referências de outros sujeitos e de situações ilícitas variadas, ainda que contíguas ao âmbito estrito dos fatos investigados. Reconhece-se um efeito cascata, de propagação nos relatos do colaborador, o qual costuma fornecer dados e informes de numerosos outros delitos e de sujeitos diferentes daqueles que estão sendo diretamente investigados, gerando possível efeito de multiplicação das investigações.[64] A

62. PACELLI, Eugênio; FISCHER, Douglas. *Comentários ao Código de processo penal e sua jurisprudência*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2017. p. 343 referem que, no caso de impossibilidade de registro audiovisual, seria apropriado que as partes assinassem documento justificando a impossibilidade técnica da gravação.

63. Cfr. MENDONÇA, Andrey Borges de. Negociação do Acordo de Colaboração premiada e as alterações introduzidas pela Lei 13.964/2019. Artigo escrito para obra coletiva do curso "Colaboração Premiada e Acordo de Leniência", promovido pela Escola da Magistratura do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, de 21 a 23 de outubro de 2019. 2020 (no prelo). p. 20.

64. Na doutrina, fala-se de efeito "dominó", "cascata", ou multiplicador de colaborações, tendo em conta que o colaborador costuma fornecer dados e informes de numerosos outros delitos e de sujeitos diferentes daqueles que estão sendo diretamente investigados, gerando efeitos de multiplicação das investigações. Cfr. GOMES, Luis Flávio; SILVA, Marcelo Rodrigues da. Negócios jurídicos premiais como instrumento de enfrentamento à corrupção: ativismo do Ministério

potencial amplificação não só da exposição do colaborador, mas dos seus riscos pessoais, decorrência do registro de toda a fase de tratativas e negociações, pelos meios de gravação indicados na lei, aparenta estar fora de contestação.

E parece que uma leitura atenta da própria Lei 12.850 já indica claramente a solução para situações como essa. Ao elencar os direitos do colaborador no art. 5º, a lei refere não só a preservação da sua imagem no inc. II, como prevê também, de forma expressa, no inc. V, que o colaborador não pode ser fotografado ou filmado sem sua prévia autorização por escrito. A legislação sinaliza que o interesse do potencial colaborador, inclusive de preservação pessoal e da sua segurança, deve ser considerado na condução das negociações.[65]

Por tudo isso, entende-se que a norma em análise (§ 13 do art. 4º) deve ser interpretada mais como recomendação quanto à forma de registro a ser adotada do que como verdadeira exigência. Caberia uma interpretação com resultado similar à regra contida do Código de Processo Penal, o qual já prevê, há muitos anos, no § 1º do art. 405, que o registro dos depoimentos em audiência por esses métodos se dará "sempre que possível".[66]

Relativamente à manutenção do sigilo sobre o material advindo dos registros das tratativas, sobretudo no que diz respeito ao acesso dos demais corréus envolvidos nas práticas delitivas, reporta-se ao que já sustentamos anteriormente quanto à importância de preservação do sigilo de parte do conteúdo presente em negociação de colaboração

Público, sua legitimidade democrática e captura de instrumentos negociais premiais de outras esferas de responsabilização. In: GOMES, Luiz Flávio; SILVA, Marcelo Rodrigues da; MANDARINO, Renan Posella (Org.). *Colaboração premiada*: novas perspectivas para o sistema jurídico-penal. Belo Horizonte: D'Plácido, 2018. p. 20 ss. Segundo ALFONSO, Roberto. Introduzione: il fenomeno del "pentitismo" e il maxiprocesso. In: TINEBRA, Giovanni; ALFONSO, Roberto; CENTONZE, Alessandro (a cura di). *Fenomenologia del maxiprocesso*: venti anni di esperienze. Milano: Giuffrè, 2011. p. 12: "La peculiarità del racconto dei collaboratori consiste nel fatto che le loro dichiarazioni non si riferiscono a singoli episodi delittuosi [...], ma riguardano vicende criminali più o meno estese nel tempo e nello spazio, e hanno per oggetto, intanto, i reati associativi coinvolgenti decine se non centinaia di persone e, poi, centinaia di fatti delittuosi più o meno grave [...]".

65. As preocupações com a preservação dos colaboradores da justiça, sua segurança e proteção constam de forma expressa nas Convenções de Palermo e de Mérida, ambas internalizadas pelo Brasil.

66. Discorda-se, assim, da posição de MENDONÇA, Andrey Borges de. Negociação do Acordo de Colaboração premiada e as alterações introduzidas pela Lei 13.964/2019. Artigo escrito para obra coletiva do curso "Colaboração Premiada e Acordo de Leniência", promovido pela Escola da Magistratura do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, de 21 a 23 de outubro de 2019. 2020 (no prelo). p. 20, ao sustentar que: "*do sempre que possível*, agora a lei fala em *deverá ser feito*. Por isto, a gravação é imprescindível e, em caso de impossibilidade, o ato não deve ser realizado, salvo se houver urgência, devidamente justificada"; [grifos do original].

premiada,[67] e a extensão da garantia do contraditório relativamente a negociações prévias para fins de colaboração.[68]

Acrescenta-se que a lei foi clara ao referir, no próprio § 13 do art. 4º, a cedência do material apenas ao colaborador: "garantindo-se a disponibilização de cópia do material ao colaborador". Além disso, é preciso considerar o entendimento reiterado do STF de que os demais corréus não têm legitimação para impugnar ou discutir os termos de acordo de colaboração,[69] e tampouco, diga-se, estariam legitimados a perscrutar se os direitos do colaborador foram adequadamente observados na fase de tratativas para fins do negócio jurídico.[70] Cabe recordar o efeito de alastramento dos relatos de colaboradores, com a referência de dados do contexto da atuação, alusões a possíveis conexões da associação, e indicação de delitos e/ou de sujeitos que, de algum modo, circundam as práticas delitivas objeto da investigação. O risco de exposição desses relatos agravaria não só os perigos ao colaborador, como comprometeria linhas de investigações correlatas.

2.4. O dever de narrativa dos fatos: a pertinência de relato

A respeito desse aspecto de propagação dos relatos, o que inclusive deve ser estimulado,[71] não só pelo interesse investigativo, de enfrentamento dos delitos, mas também

67. PEREIRA, Frederico Valdez. *Delação premiada*: legitimidade e procedimento: aspectos controvertidos do instituto da colaboração premiada de coautor de delitos como instrumento de enfrentamento do crime organizado. 4. ed. Curitiba: Juruá, 2019. p. 192-203.

68. Faz-se, aqui, breve referência a precedente da Corte Europeia dos Direitos Humanos, caso Habran e Dalem c. Bélgica, 43000/11 e 49380/11, sentença de 17.01.2017, §§ 112-116, ao reputar compatível com o processo equitativo a falta de acesso da defesa aos "confidential 'informers' file or the files held by the Witness Protection Board", uma vez que a defesa teve conhecimento das provas inseridas no processo-crime, teve ampla possibilidade de exercer o contraditório perante as provas judicializadas e sabia que se tratava de depoimento decorrente de colaborador. Ver, também, Cornelis c. Holanda, 994/2003, decisão de 25.05.2004.

69. STF, Inq 3983, Rel. Min. Teori Zavascki, Pleno, *DJe*-095, 12.05.2016, no qual foi reafirmada a posição já externada no precedente da Corte, HC 127.483, Rel. Min. Dias Toffoli. No mesmo sentido: Inq 4405 AgR, Rel. Min. Roberto Barroso, 1ª T., *DJe*-064, 05.04.2018. Sobre a irrazoável cogitação de um contraditório guiado pela intenção de impugnar o acordo de colaboração, ver PEREIRA, Frederico Valdez. *Delação premiada*: legitimidade e procedimento: aspectos controvertidos do instituto da colaboração premiada de coautor de delitos como instrumento de enfrentamento do crime organizado. 4. ed. Curitiba: Juruá, 2019. p. 197.

70. Cfr. MENDONÇA, Andrey Borges de. Negociação do Acordo de Colaboração premiada e as alterações introduzidas pela Lei 13.964/2019. Artigo escrito para obra coletiva do curso "Colaboração Premiada e Acordo de Leniência", promovido pela Escola da Magistratura do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, de 21 a 23 de outubro de 2019. 2020 (no prelo). p. 21.

71. A Convenção de Palermo, art. 26, item 1, 'a', nº II, indica expressamente a importância de que as informações úteis, para efeitos de investigação e produção de provas, dos colaboradores abranjam: "As conexões, inclusive conexões internacionais, com outros grupos criminosos organizados".

para agregar na credibilidade interna da narrativa[72] e na busca de elementos de corroboração, indicados já desde o início das tratativas (§ 4º, art. 3º-C), é oportuno esclarecer o significado da regra do § 3º, art. 3º-C, a qual refere que, para fins de acordo de colaboração: "o colaborador deve narrar todos os fatos ilícitos para os quais concorreu e que tenham relação direta com os fatos investigados".

Uma primeira leitura poderia interpretar o dispositivo no sentido de um limite máximo, ou seja, de que o colaborador não poderia narrar fatos que não participou e que não tivessem relação direta com os fatos investigados. Entende-se, no entanto, que a regra atua em duas direções.

Primeiramente, estabelece um limite mínimo na narrativa do colaborador: há exigência de que o agente relate todos os fatos em que atuou, ainda que indiretamente, e que tenham relação direta com os fatos investigados.[73] O que a legislação fez foi explicitar um requisito do instituto: o de que o colaborador renuncie ao direito ao silêncio e exponha todos os fatos de que tenha conhecimento e que se relacionem com o objeto da investigação (§ 14, art. 4º). As reservas mentais por parte do colaborador sempre estiveram entre as possíveis causas de descumprimento dos compromissos assumidos pelo colaborador, imposições agora reforçadas pela Lei 13.964, com a explicitação dos deveres de confiança e boa-fé entre as partes, pela regra contida no § 3º, art. 3º-C,[74] e pelo novel § 17 do art. 4º.[75]

Conforme recorda a doutrina, o sistema jurídico não indica, nem remotamente, alguma vedação a qualquer pessoa, investigada ou não, de narrar fatos supostamente ilícitos às autoridades da persecução penal; o indicativo é no sentido contrário.[76] Conforme

72. Para avaliação da credibilidade intrínseca do relato do colaborador, é importante que haja narrativa pormenorizada, compatível com a posição do agente na prática de atos delitivos da associação criminosa, inclusive com a especificação de contexto e de dados concretos. Ver PEREIRA, Frederico Valdez. *Delação premiada*: legitimidade e procedimento: aspectos controvertidos do instituto da colaboração premiada de coautor de delitos como instrumento de enfrentamento do crime organizado. 4. ed. Curitiba: Juruá, 2019. p. 242.

73. No mesmo sentido, BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Direito penal, processo penal e colaboração premiada na lei "anticrime". *ConJur*, 06.01.2020. Disponível em: [www.conjur.com.br/2020-jan-06/direito-defesa-direito-penal-processo-penal-delacao-lei-anticrime]. Acesso em: 10.05.2020.

74. O descumprimento do acordo por reservas mentais pode ensejar a rescisão do acordo; a redução dos benefícios no momento da sentença, ambas as hipóteses explicitadas na decisão na Pet 7003, STF, Rel. Min. Edson Fachin, decisão em 27.06.2018, *DJe*-153, de 01.08.2018; ou a reestruturação do acordo entre os protagonistas, cfr. previsão do item 38 da Orientação Conjunta 1/2018. Nesse sentido, ver VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. *Colaboração premiada no processo penal*. 2. ed. São Paulo: ed. RT, 2018. p. 286-289.

75. § 17. O acordo homologado poderá ser rescindido em caso de omissão dolosa sobre os fatos objeto da colaboração.

76. Cfr. afirma Diogo Malan relativamente ao tema, referência contida em CANÁRIO, Pedro; CALEGARI, Luiza. Delator não pode mais relatar fatos não relacionados à investigação. *ConJur*, 25.12.2019. Disponível em: [www.conjur.com.br/2019-dez-25/delator-nao-relator-fatos-quais-nao-participou].

reflexão de Mendonça, a ampliação dos fatos investigados pode ser feita pelos órgãos persecutórios ao longo das investigações e das próprias tratativas com o interessado. Além disso, é o próprio § 4º do art. 4º que indica a importância de o potencial colaborador narrar fatos de cuja existência as autoridades não tivessem prévio conhecimento, pois esse fator foi alçado a requisito de concessão do acordo de imunidade.[77]

Por outro lado, embora o colaborador possa, e, muitas vezes, seja até recomendável, complementar o relato com informações de outros ilícitos, essa circunstância não pode se transmudar em um imperativo de revelação de todos os ilícitos penais em que o colaborador tenha participado. A pertinência narrativa permite delimitar razoavelmente o dever assumido pelo colaborador. Nas palavras de Bottini, o acordo não é um confessionário absoluto, destinado à confidência de todos os delitos, ainda que estranhos ao objeto da investigação.[78]

Essa conclusão é importante não só no momento de balizar a imposição revelativa ao potencial colaborador para fins de celebração do acordo, mas também na aferição do cumprimento pelo colaborador dos compromissos assumidos no negócio jurídico processual. Foi referido anteriormente que o § 17 do art. 4º prevê a rescisão do acordo por omissão no relato do agente. E no juízo sobre a eficácia do acordo, baseado nos termos do negócio e seu cumprimento, a ser feito na fase de julgamento pelo juiz da causa (§ 11, art. 4º),[79] também cabe verificar se houve descumprimento de compromissos por omissão no relato.

Acesso em: 14.05.2020. Cabe esclarecer que Canário e Calegari sustentam posição oposta à ora defendida. Em sentido análogo ao defendido por Malan, ver VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. *Colaboração premiada no processo penal*. 3. ed. São Paulo: ed. RT, 2020. p. 157.

77. MENDONÇA, Andrey Borges de. Negociação do Acordo de Colaboração premiada e as alterações introduzidas pela Lei 13.964/2019. Artigo escrito para obra coletiva do curso "Colaboração Premiada e Acordo de Leniência", promovido pela Escola da Magistratura do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, de 21 a 23 de outubro de 2019. 2020 (no prelo). p. 11. Vale a pena a transcrição de um trecho: "O que significa 'relação direta com os fatos investigados'? Não há definição legal para essa expressão. Segundo nos parece, inclui não apenas os fatos diretamente investigados (objeto do procedimento investigatório), mas também aqueles conexos ou continentes, nos termos do art. 76 e 77 do CPP. Ademais, embora a lei fale em 'fatos investigados', é certo que inclui também as pessoas investigadas, pois estas é que praticam os 'fatos investigados'. Assim, no tocante ao que se compreende por fatos diretamente investigados, exige-se ampla narrativa, seja no aspecto objetivo (condutas praticadas, no tempo e espaço, inclusive fatos conexos/continentes) quanto subjetivo (agentes envolvidos)".

78. BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Direito penal, processo penal e colaboração premiada na lei "anticrime". *ConJur*, 06.01.2020. Disponível em: [www.conjur.com.br/2020-jan-06/direito-defesa-direito-penal-processo-penal-delacao-lei-anticrime]. Acesso em: 10.05.2020.

79. Cfr. item 2 da ementa do HC 127.483, STF, Pleno, Rel. Min. Dias Toffoli, Tribunal Pleno, *DJe* 04.02.2016: "O juízo sobre os termos do acordo de colaboração, seu cumprimento e sua eficácia, conforme preceitua o art. 4º, § 11, da Lei n. 12.850/2013, dá-se por ocasião da prolação da sentença (e no Supremo Tribunal Federal, em decisão colegiada) [...]".

O balizamento do âmbito dessas análises quanto à completude do relato do colaborador vem delimitado objetivamente, pelos fatos investigados, incluindo aqueles conexos ou continentes, e subjetivamente, pelos agentes envolvidos nesses fatos. A pertinência narrativa tem uma esfera objetiva e outra subjetiva. Omissão dolosa ou descumprimento de compromissos devem estar referidos a essas esferas. Solução interpretativa análoga se aplica também em relação à previsão da lei de que o colaborador deve cessar o envolvimento em conduta ilícita "relacionada ao objeto da colaboração, sob pena de rescisão" (§ 18, art. 4º).

Antes de concluir o tópico, necessário referir posicionamento doutrinário no sentido de que seria possível uma ampliação pactuada da imposição revelativa ao colaborador. Argumentando com a autonomia da vontade, que asseguraria ampla margem de negociação, foi sustentada a possibilidade de as partes negociarem cláusulas pelas quais o colaborador assumiria o compromisso de narrar fatos não relacionados ao objeto da investigação.[80] Por consequência, embora não afirmada diretamente, a rescisão por omissão dolosa de relato e o crivo sobre o cumprimento do acordo abrangeriam também esses fatos estranhos à investigação, incluídos no acordo.

Nesse aspecto, diferentemente do cenário envolvendo a extensão e natureza dos prêmios pactuáveis, não se aplica o raciocínio de admitir inserção de disposições não previstas em lei, desde que não agravem a situação do colaborador. Ou melhor: aqui, a lógica desse raciocínio atuaria em sentido inverso, pois a previsão legal que se pretende superar funcionaria justamente em benefício do colaborador, e muito de sua *ratio* seria de impedir a amplificação desmedida de deveres impostos ao colaborador. Em outras palavras, a reserva de lei resguardaria o colaborador de condicionamentos dessa natureza, os quais, sem um limite nesses termos traçados, poderiam se tornar desmedidos.

Consentir que há um espaço de negociação regulado e regrado, no âmbito de um exercício de premialidade legal,[81] não é o mesmo que consentir um livre exercício de autonomia da vontade, ampliando a margem de negociação a ponto de impor compromissos

80. MENDONÇA, Andrey Borges de. Negociação do Acordo de Colaboração premiada e as alterações introduzidas pela Lei 13.964/2019. Artigo escrito para obra coletiva do curso "Colaboração Premiada e Acordo de Leniência", promovido pela Escola da Magistratura do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, de 21 a 23 de outubro de 2019. 2020 (no prelo). p. 12.

81. Diferentemente do sistema de *common law*, caracterizado pela premialidade negocial, o sistema europeu continental está alinhado ao modelo de premialidade legal no tema. Nesse aspecto, AMODIO, Ennio. *Processo penale, diritto europeo e common law*: dal rito inquisitorio al giusto processo. Milano: Giuffrè, 2003. p. 257, indica a distinção entre o espaço de isenção do processo e da pena no sistema anglo-americano, conduzido pelo *prosecutor* como concessão da discricionariedade da ação penal, e o sistema de balizas legais ao impulso do acordo, consequência da legalidade do nosso sistema. Portanto, a aproximação entre técnicas de incentivo à colaboração premiada e a prática do *plea bargaining*, ou dos *cooperation agreements* como será indicado *infra*, não significa equiparação a ponto de afirmar uma dinâmica de livre negociação entre MP e acusado quanto ao espaço de negociação. Na doutrina nacional, mais recentemente, ver CAPEZ, Rodrigo. A sindicabilidade do acordo de colaboração premiada. In: BOTTINI, Pierpaolo Cruz; MOURA, Maria Thereza de Assis (Coord.). *Colaboração premiada*. São Paulo: ed. RT, 2017. p. 228.

ao colaborador para além da disciplina legal, e da própria razão de ser dessa técnica investigativa, que é de superar um estado de necessidade investigativo concretamente identificado em específico procedimento apuratório.

Ao condicionar a concessão do benefício premial ao agente que tenha colaborado com a investigação e com o processo criminal, e explicitado os resultados que devem advir da cooperação nos incisos do *caput* do art. 4º da Lei 12.850/2013, há indicação consistente de que a eficácia exigida da cooperação deve se relacionar com o mesmo contexto de práticas delituosas no qual o colaborador está inserido. O legislador manifestamente correlacionou os resultados pretendidos pela técnica da colaboração premiada às mesmas práticas delituosas ou organização criminosa nas quais o colaborador estava envolvido ou tenha participado.

Assim, entende-se que, acaso haja relato de outros fatos delituosos que não se relacionem diretamente com a investigação em curso, e pretendendo o órgão persecutório aprofundar a apuração desses fatos, tem-se duas opções: ou a autoridade amplia o âmbito da investigação, passando a inserir esses outros ilícitos no objeto da apuração; ou, então, procede à instauração de outros procedimentos investigatórios paralelos. Em qualquer caso, o acordo de colaboração deve seguir os limites legais de pertinência narrativa, mesmo porque será essa pertinência narrativa que irá delimitar, na sequência, a aferição do cumprimento, pelo colaborador, dos compromissos assumidos no negócio jurídico processual.

2.5. A regra do conflito de interesses

Antes do encerramento dessa primeira parte do estudo, é necessário tecer considerações sobre disposição apta a ensejar controvérsias interpretativas, e que merece maior reflexão. Trata-se do dispositivo que prevê a possibilidade de o celebrante solicitar a presença de outro advogado ou defensor público em caso de eventual conflito de interesses, ou de colaborador hipossuficiente (art. 3º-C, § 2º).

Na doutrina, já há posição afirmando a duvidosa constitucionalidade da previsão legal, ao indicar que o celebrante deverá solicitar a presença de outro advogado, em caso de "conflito de interesses". Segundo Dezem, a lei teria utilizado equivocadamente os termos, pois a intenção seria de regular hipótese de "conflito de vontades" entre o colaborador e seu defensor. O autor considera não caber ao agente do Estado destituir defensor constituído, tendo, em seguida, acrescentado que a única forma de interpretar legitimamente o dispositivo seria de considerá-lo como a solução no caso de o colaborador destituir a defesa técnica. Ou seja, o celebrante somente poderia prosseguir nas negociações com a presença de outro advogado, e a possibilidade de solicitar outro defensor teria aplicação nessas hipóteses.[82]

82. DEZEM, Guilherme Madeira; SOUZA, Luciano Anderson de. *Comentários ao pacote anticrime*: Lei 13.964/2019. São Paulo: ed. RT, 2020. p. 212.

Não há contestação quanto à solução indicada anteriormente no caso de o interessado destituir a defesa técnica no curso das tratativas. Entende-se, no entanto, que essa conclusão decorre já, diretamente, do § 1º do art. 3º-C, que é expresso ao afirmar que "Nenhuma tratativa sobre colaboração premiada deve ser realizada sem a presença de advogado constituído ou defensor público". Solução idêntica adviria também da leitura do § 6º do art. 4º, e, ainda, da redação do § 15 do mesmo art. 4º, o qual é ainda mais explícito ao prever que: "Em todos os atos de negociação, confirmação e execução da colaboração, o colaborador deverá estar assistido por defensor".

Assim, cabe questionar se a finalidade da inserção legal do § 2º do art. 3º-C seria de indicar a necessidade de o celebrante condicionar o prosseguimento das tratativas à constituição de novo advogado pelo potencial colaborador. Além de haver pelo menos mais três disposições legais condicionando a legitimidade de quaisquer atos de negociação e de tratativas com o colaborador à presença do defensor técnico,[83] a lei fala em "conflito de interesses", portanto, a indicação da lei parece não se direcionar a hipóteses de ausência do defensor, por ter sido destituído. Exatamente nessas situações, não haverá como existir conflito entre autodefesa e defesa técnica, pelo motivo óbvio da ausência de advogado constituído.

O dispositivo em questão, introduzido pela Lei 13.964, praticamente reproduziu o item 10.1 da Orientação Conjunta 1/2018. O conflito de interesses indicado no dispositivo refere-se a um conflito de interesses entre defesa constituída e potencial colaborador.

Há muito já chamávamos a atenção para a importância da introdução de norma análoga à prevista no art. 106, 4-bis, do CPP italiano, de modo a impedir que um mesmo advogado, ou escritório de advocacia, responda pela defesa de mais de um colaborador.[84] Não é difícil perceber os riscos, mesmo que involuntariamente e de boa-fé, de se verificar fluxo ou transição de dados e circunstâncias, inclusive de elementos de corroboração, entre as narrativas dos colaboradores, com possibilidade, inclusive, de manejo de colaborações.[85] E também não pode ser descartada a hipótese de que defensores da mesma

83. Na realidade, o próprio *caput* do art. 3º-C já induz a necessidade da presença de defesa técnica.

84. Art. 106, 4-bis: "Non può essere assunta da uno stesso difensore la difesa di più imputati che abbiano reso dichiarazioni concernenti la responsabilità di altro imputato nel medesimo procedimento o in procedimento connesso ai sensi dell'articolo 12 o collegato ai sensi dell'articolo 371, comma 2, lettera b). Si applicano, in quanto compatibili, le disposizioni dei commi 2, 3 e 4". Na doutrina, sobre o tema, refere-se: "Volendo salvaguardare la trasparenza e la genuinità delle dichiarazioni facenti capo ai collaboratori di giustizia, non si poteva fare a meno di considerare l'opportunità di evitare che fatti, dati e circostanze potessero trovare – sia pure inconsapevolmente ed in buona fede – occasione di trasmissione in sede di una comune difesa"; NANULA, Gaetano. *La lotta alla mafia*: strumenti giuridici, strutture di coordinamento, legislazione vigente. 5. ed. Milão: Giuffrè, 2009. p. 241.

85. Mendonça elenca os riscos de vários colaboradores com mesmo advogado: "(i) potenciais conflitos éticos e de ocultação ou proteção dos colaboradores defendidos pelo mesmo causídico; (ii) risco de manipulação da verdade e da justiça, com a possibilidade de criação de falsas versões ou de alteração das narrativas, para afastar incongruências; (iii) violação à isonomia e ao sigilo, pois

sociedade de advogados atuem para o potencial colaborador e para outros agentes do delito delatados.

É verdade que a lei não faz referência, textualmente, às situações indicadas anteriormente. Entretanto, ao mencionar "conflito de interesses", traz uma abertura legal à possibilidade de o órgão da persecução penal suscitar, motivadamente, o problema do eventual conflito de interesses, e negar-se a prosseguir na negociação em situações análogas. Nessas circunstâncias, é possível vislumbrar incompatibilidade de interesses a ponto de menosprezar as exigências de boa-fé, confiança e interesse público, que regem as tratativas. Além disso, mostram-se capazes de prejudicar o prosseguimento útil do negócio jurídico.[86]

A gama de situações que podem identificar um conflito de interesses entre potencial colaborador e seu defensor, com relevância para os fins da regra em comento, é matéria que ainda demanda maior reflexão doutrinária e pautas jurisprudenciais advindas de situações concretas. Nesse sentido, Nucci refere, genericamente, que situações de conflito de interesses são aquelas que permitem identificar "indivíduo indefeso por incapacidade do advogado ou porque este tem interesses opostos aos do delator".[87]

A referência à deficiência de defesa por incapacidade do advogado pode ser mais bem identificada como uma situação de possível assistência ineficaz por parte da defesa técnica no curso das negociações com vistas ao negócio jurídico processual. Nesse aspecto, importante recordar o reconhecimento de que a colaboração premiada ostenta importante atributo de estratégia defensiva ao colaborador.[88]

---

referido advogado terá conhecimento do teor da colaboração de todos os colaboradores que são seus clientes, ao contrário dos demais advogados, para os quais a colaboração será sigilosa; (iv) possibilidade de criação de um "mercado negro" de colaborações, em que se cobraria pela omissão de determinados nomes nas colaborações; (v) potencial diminuição do valor da colaboração, especialmente em caso de corroboração cruzada" (MENDONÇA, Andrey Borges de. Negociação do Acordo de Colaboração premiada e as alterações introduzidas pela Lei 13.964/2019. Artigo escrito para obra coletiva do curso "Colaboração Premiada e Acordo de Leniência", promovido pela Escola da Magistratura do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, de 21 a 23 de outubro de 2019. 2020 (no prelo). p. 19).

86. NUCCI, Guilherme de Souza. *Pacote anticrime comentado*: Lei 13.964, de 24.12.2019. Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 156, menciona que se a situação de conflito de interesses não for sanada anteriormente, o juiz poderá não homologar o acordo.

87. NUCCI, Guilherme de Souza. *Pacote anticrime comentado*: Lei 13.964, de 24.12.2019. Rio de Janeiro: Forense,2020. p. 156.

88. Nesse sentido, TERRA, Luiza Borges. Aspectos da voluntariedade da delação premiada: a questão do delator preso provisoriamente. In: GOMES, Luiz Flávio; SILVA, Marcelo Rodrigues da; MANDARINO, Renan Posella (Org.). *Colaboração premiada*: novas perspectivas para o sistema jurídico-penal. Belo Horizonte: D'Plácido, 2018. p. 277; CALLEGARI, LINHARES, André Luís; LINHARES, Raul Marques. *Colaboração premiada*: lições práticas e teóricas, de acordo com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2019. p. 34, falam de um "mecanismo de defesa" do colaborador. SANTOS, Marcos Paulo Dutra. Colaboração

Trata-se de tema ainda não abordado suficientemente na doutrina nacional e que não ressoa na prática, ao menos não com alguma relevância na jurisprudência brasileira. A experiência norte-americana traz importantes indicações no tema, ao menos para conferir alguma concretude à análise. O ponto de partida foi o reconhecimento, pela Suprema Corte, de que o direito constitucional à assistência efetiva de advogado incide já na fase prévia de negociação com vista à formalização de acordo.[89]

Assim, a Corte constitucional americana reconheceu *deficit* defensivo na fase de proposição de acordo, em razão de deficiências de orientação técnica.[90] O problema maior identificado foi que a deficiência de aconselhamento se traduziu em carência de informação, ou instrução equivocada,[91] bloqueando o prosseguimento das tratativas e a consequente redução de danos que adviria de sentenças mais favoráveis.[92] O desfecho dos procedimentos penais se traduziu em pesadas condenações criminais do assistido, as quais restaram, ao fim, revogadas pela Suprema Corte, exatamente pelo reconhecimento da falha de assistência da defesa técnica na fase prévia de negociações de acordo.

Cabe esclarecer que, nos dois casos considerados precursores da análise da efetividade da defesa na fase de negociações, não foi examinado algum possível direito do imputado à defesa técnica que atenda padrões constitucionais mínimos de barganha eficaz na relação entre advogado e órgão acusatório. Os casos referem-se ao âmbito da relação interna advogado-cliente, especificamente ao direito do indivíduo a informações

---

(delação) premiada. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2019. p. 86, refere, inclusive, a vedação de retrocesso, pois não caberia reduzir o "cardápio de 'linhas de defesa'".

89. Ver, por ex., LEVENSON, Laurie L. Peeking Behind the Plea Bargaining Process: Missouri v. Frye & Lafler v. Cooper. *Loyola of Los Angeles Law Review*, [S.l.], v. 46, n. 2, p. 457-490, 2013. Disponível em: [https://digitalcommons.lmu.edu/llr/vol46/iss2/22]. Acesso em: 14.05.2020. p. 462. Um dos aspectos importantes ressaltado pela Corte é a constatação de que cerca de 95% das condenações criminais nos Estados Unidos decorrem de alguma das modalidades de acordo, e não de julgamentos em pleno contraditório.

90. Cfr. BATRA, Rishi. Lafler and Frye: a new constitutional standard for negotiation. *Cardozo Journal of Conflict Resolution*, [S.l.], v. 14, p. 309-338, mar. 2013. Disponível em: [https://ssrn.com/abstract=2236455]. Acesso em: 18.05.2020. p. 309: "Em decisões proferidas em 2012, Lafler v. Cooper e Missouri v. Frye, a Suprema Corte estendeu o entendimento firmado em Strickland [Strickland v. Washington, no qual foram fixados os padrões de análise da ineficiência de defesa na fase judicial] para abarcar a assistência ineficaz da defesa técnica na fase de barganha" (tradução livre).

91. "In Missouri *v.* Frye, the Court held that Frye's attorney acted incompetently when he failed to communicate to Frye a plea offer from the prosecution. Lafler *v.* Cooper held that defendants who reject a lenient plea offer and go to trial due to counsel's bad advice, with the result of a harsher sentence, have a potential remedy"; cfr. ROBERTS, Jenny. Effective plea bargaining counsel. *Yale Law Journal* [*on-line*], New Haven, v. 122, n. 7, 2013. p. 2653.

92. "Ambos tinham advogados que não prestaram adequada orientação. O advogado de Frye deixou de lhe informar sobre uma oferta favorável de imputação menos grave, e o advogado de Cooper o convenceu a não aceitar uma oferta favorável, dando-lhe maus conselhos sobre suas chances no julgamento" (tradução livre), ver ROBERTS, Jenny. Effective plea bargaining counsel. *Yale Law Journal* [*on-line*], New Haven, v. 122, n. 7, 2013. p. 2652.

e aconselhamento adequado perante oferta de acordo que pode lhe ser mais benéfico quando comparado com eventual condenação final.[93]

A análise dos fundamentos e reflexos dessas decisões mencionadas anteriormente merece estudo específico e alongado no tema. Ao que importa na regra do § 2º do art. 3º-C, é a percepção de que, em situações limites, pode se manifestar uma situação de conflito de interesses, por insuficiência da defesa técnica nas instruções relacionadas a possível impulso negocial. Ao menos, é possível visualizar que o conflito de interesses referido pela legislação pode se embasar na relação interna entre cliente e defensor, em razão, por exemplo, de desprezo ou má condução nas orientações ao cliente no tema do acordo de colaboração, o qual, se conduzido adequadamente, pode se configurar em importante estratégia defensiva, de redução de danos ao colaborador.

A tentativa de conciliação dessa regra, atinente ao conflito de interesses, com o direito constitucional de qualquer pessoa de eleger o advogado de sua confiança parece passar por duas alternativas. Na situação em que se verificar "interesses opostos", pelo fato de o defensor acumular a defesa de mais de um potencial colaborador, ou acumular a defesa de potencial colaborador e de delatado, ou, ainda, a defesa de potencial colaborador e de sujeito de qualquer modo com interesse oposto ao de eventual acordo, o órgão celebrante poderia se recusar a prosseguir com as tratativas enquanto persistir a situação.[94] Aqui, o fundamento não é só a preservação do interesse do potencial colaborador, busca-se, também, resguardar o interesse público, pressuposto do acordo de colaboração premiada.

Quando se verificar possível conflito de interesses por alegação de insuficiência da defesa técnica, consistente em defeito de orientação na fase de negociações, as alternativas parecem mais restritas. Entre as possibilidades de amenizar não só os riscos de eventual prejuízo ao interessado, por privação dessa estratégia defensiva, mas também de atenuar eventual carência informativa, está a de consentir ao órgão acusatório que solicite ao juiz com atuação na investigação a designação de audiência informativa, com vistas a certificar se o interessado está bem esclarecido acerca da possibilidade ou não de acordo, e das eventuais decorrências jurídicas dessa opção.

Haveria aqui alguma similitude com a finalidade da audiência de custódia, informativa e certificativa dos direitos do investigado, evitando assim que se questione futuramente possível prejuízo decorrente de carência defensiva nesta fase prévia. De algum modo, seria uma antecipação da audiência indicada no § 7º do art. 4º, guiada, inclusive, pelo mesmo escopo de certificar a compreensão do agente e aferir a voluntariedade da

93. Nesse exato sentido, ROBERTS, Jenny. Effective plea bargaining counsel. *Yale Law Journal* [*on-line*], New Haven, v. 122, n. 7, 2013. p. 2653, p. 103.

94. A solução é explicitada por MENDONÇA, Andrey Borges de. Negociação do Acordo de Colaboração premiada e as alterações introduzidas pela Lei 13.964/2019. Artigo escrito para obra coletiva do curso "Colaboração Premiada e Acordo de Leniência", promovido pela Escola da Magistratura do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, de 21 a 23 de outubro de 2019. 2020 (no prelo). p. 19.

escolha, nesse caso, de não negociar. Afora isso, resta somente preservar o direito do investigado de constituir o advogado de sua confiança, assumindo-se como legítima qualquer estratégia de defesa adotada em relação ao acordo de colaboração.

Em qualquer caso, ao suscitar o conflito de interesses, o celebrante deve apresentar motivação idônea e cientificar o colaborador e seu defensor. Assegura-se, assim, não só a informação e transparência no ato, como se permite que o colaborador e sua defesa apresentem recurso ao órgão superior do MP, com fundamento, de analogia, no art. 28 do CPP.[95]

3. Mudanças direcionadas ao órgão judicial de controle da colaboração premiada

Não custa reiterar que a classificação adotada quanto às alterações legais, que tem como critério distintivo o destinatário principal das mudanças legislativas, guia-se por fins meramente expositivos. Pode-se já perceber que as regras operam, direta ou indiretamente, para todos os sujeitos processuais envolvidos na colaboração premiada.

De qualquer modo, seguindo-se na sistematização proposta, passa-se agora a abordar as modificações introduzidas pela Lei 13.964/2019 endereçadas precipuamente ao exercício da função judicial de controle do acordo de colaboração. Ou seja, o tema dessa seção são as mudanças incidentes a partir da fase de homologação judicial do acordo.

É preciso deixar claro que o juiz recebe o acordo de colaboração premiada após a conclusão das tratativas entre os protagonistas do negócio jurídico processual. Desde a redação original da Lei 12.850, consta do § 6º do art. 4º a interdição à participação do órgão judicial na fase de negociações.[96] As razões dessa restrição são muito claras: a atividade negocial inerente à constituição desse especial meio de prova, além de pressupor a barganha entre os sujeitos envolvidos na apuração dos fatos, tem natureza eminentemente investigativa. São fatores que não se coadunam com a função judicial e com a exigência de imparcialidade do juiz.

É importante também esclarecer que mesmo com a mencionada inovação legislativa no Código de Processo Penal, decorrente da criação do juiz das garantias pela Lei 13.964,[97] e a previsão de que compete ao juiz das garantias decidir sobre a homologação

95. Nesse sentido, MENDONÇA, Andrey Borges de. Negociação do Acordo de Colaboração premiada e as alterações introduzidas pela Lei 13.964/2019. Artigo escrito para obra coletiva do curso "Colaboração Premiada e Acordo de Leniência", promovido pela Escola da Magistratura do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, de 21 a 23 de outubro de 2019. 2020 (no prelo). p. 20.

96. Art. 4º, § 6º, da Lei 12.850: "O juiz não participará das negociações realizadas entre as partes para a formalização do acordo de colaboração, que ocorrerá entre o delegado de polícia, o investigado e o defensor, com a manifestação do Ministério Público, ou, conforme o caso, entre o Ministério Público e o investigado ou acusado e seu defensor".

97. Ver nota 3.

dos acordos de colaboração premiada, quando formalizados durante a investigação,[98] ainda assim seguem presentes as razões anteriormente mencionadas para o não envolvimento direto do órgão judiciário em barganha criminal e no impulso de um específico meio de pesquisa ou obtenção da prova.

O juiz das garantias não exerce função de juiz de instrução, não cabe a ele impulsionar atos investigatórios.[99] Sua tarefa segue sendo a de fiscalizar a legalidade e regularidade dos atos investigativos, e a salvaguarda dos direitos individuais.[100] Conforme referido antes, o âmbito possível de atuação do magistrado nos atos de negociação se restringiria a certificar a compreensão e a voluntariedade do potencial colaborador relativamente às repercussões do negócio jurídico.

A primeira providência do juiz ao receber o termo do acordo, juntamente com as declarações do colaborador e a cópia da investigação, é marcar audiência para ouvir sigilosamente o colaborador. A alteração no § 7º do art. 4º transformou a mera opção de oitiva do colaborador, para fins de análise da homologação do acordo, em uma exigência legal.

Cumpre observar que o sigilo indicado no dispositivo tem o sentido de afastar a regra geral da publicidade dos atos investigativos e judiciais[101] e não de evitar a presença do órgão da acusação nessa audiência de oitiva do colaborador.[102]

3.1. O duplo controle judicial na colaboração premiada

A atuação judicial ao longo do itinerário da colaboração premiada se dá, fundamentalmente, em duas etapas distintas. A primeira delas na homologação do acordo, e a segunda no sentenciamento. Na avaliação para fins de homologação, o órgão judicial não aprofunda a análise do mérito do negócio jurídico e nem concede antecipadamente o benefício ao colaborador. A concessão do prêmio se dá no segundo estágio, quando da sentença de mérito.

Na sequência, a finalidade é, primeiramente, de indicar os fundamentos legais desses dois estágios de controle judicial, e, em seguida, esclarecer o conteúdo da avaliação do juiz em cada momento, com base nas alterações promovidas pela lei de aperfeiçoamento da legislação penal e processual penal de dezembro de 2019.

98. Cfr. inc. XVII do art. 3º-B do CPP.

99. Discorda-se de NUCCI, Guilherme de Souza. *Pacote anticrime comentado*: Lei 13.964, de 24.12.2019. Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 155, 159, quando refere que o juiz das garantias poderia ser muito mais atuante, e até mesmo conduzir instrução prévia visando à comprovação preliminar dos termos do acordo.

100. DEZEM, Guilherme Madeira; SOUZA, Luciano Anderson de. *Comentários ao pacote anticrime*: Lei 13.964/2019. São Paulo: ed. RT, 2020. p. 84.

101. CRFB/88, art. 5º, incisos XXXIII, LX; art. 93, IX.

102. Nesse mesmo sentido, por ex., DEZEM, Guilherme Madeira; SOUZA, Luciano Anderson de. *Comentários ao pacote anticrime*: Lei 13.964/2019. São Paulo: ed. RT, 2020. p. 214.

3.1.1. Controle judicial realizado na fase de homologação do acordo

Relativamente ao objeto de análise do judiciário para fins de homologação do acordo de colaboração, os incisos do § 7º do art. 4º deixaram mais explícitos os tópicos da sindicabilidade judicial. Passou a constar da redação legal, no geral, o entendimento que vinha sendo conferido por setores da doutrina e jurisprudência à averiguação dos aspectos de "regularidade, legalidade e voluntariedade", mencionados na redação original do dispositivo.

A inclusão expressa, nos incisos II e III do § 7º, da análise judicial quanto à adequação dos benefícios e dos resultados ao previsto na lei deixou mais claro que a verificação para fins de homologação não se trata de uma simples chancela cartorial quanto à regularidade formal do termo de acordo. Essa compreensão já vinha sendo externada por setores da doutrina e da jurisprudência antes da modificação legislativa.

Em sentido geral, mantém-se a consideração de que o exame feito pelo juiz ao homologar o acordo de colaboração premiada se constitui em controle externo acerca da regularidade e legalidade das disposições estabelecidas, de adequação dos benefícios e resultados ao previsto em lei, e de verificação da voluntariedade do acerto. Não há uma valoração aprofundada do conteúdo das cláusulas avençadas, e nem o órgão judicial concede antecipadamente os benefícios penais estipulados.

No entanto, ficou agora mais palpável a necessidade de que haja avaliação efetiva sobre a regularidade e legalidade dos aspectos premiais inseridos no pacto. Faz-se necessária uma análise judicial acerca dos compromissos assumidos pelo colaborador, de modo a verificar se contemplam os resultados previstos nos incisos do art. 4º, bem como se os prêmios se adequam à premialidade legal.

3.1.1.1. O juízo de eficácia para fins de homologação judicial do acordo

No que se refere ao controle quanto aos resultados da colaboração, a previsão do § 11 do art. 4º da Lei 12.850, no sentido de que a análise judicial quanto à eficácia do acordo de colaboração deve ser feita no segundo momento, quando da sentença, poderia indicar uma hermenêutica excessivamente limitada do crivo judicial na primeira fase de homologação do negócio. Quase a ponto de apartar qualquer controle judicial acerca da eficácia do acordo e da adequação do instituto negocial à sua causa legal.

No entanto, sempre houve pelo menos três razões importantes para defender um controle quanto à eficácia do acordo no momento da homologação.

É preciso considerar, antes de tudo, a razão de ser da colaboração premiada. A causa legal para o acolhimento normativo do instituto é a busca de eficiência na persecução

penal em situações de paralisia investigativa[103] pela ineficiência dos meios tradicionais de investigação e prova.[104]

E aqui é preciso chamar a atenção para uma diferença importante em relação à lógica da *plea bargaining*, e de outros modelos de justiça consensual ou de justiça negociada, cuja fundamental razão de ser, em esboçada síntese, é de inserir soluções alternativas para aliviar o esforço probatório, deflacionar o processo e abreviar a solução dos casos penais.[105]

A matriz da colaboração premiada é muito mais próxima dos c*ooperation agreements* estadunidenses,[106] que podem ser considerados como uma variante da *plea bargaining*, ou, ao menos, um fenômeno com fator especializante. O elemento de discrímen dos "acordos de cooperação" é exatamente o fato de se constituírem em mecanismo investigativo e probatório embasado nas declarações de um dos agentes do crime, portanto, com a finalidade de esclarecer os delitos e a autoria dos demais envolvidos.[107]

---

103. Sobre o estado de necessidade da investigação como fator de legitimação do instituto, ver RIVA, Carlo Ruga. *Il premio per la collaborazione processuale*. Milano: Giuffrè, 2002. p. 415 ss., p. 430; PULITANÒ, Domenico. Tecniche premiali fra diritto e processo penale. *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, Milano, ano 29, nova série, out.-dez. 1986. p. 1.038.

104. É preciso considerar a razão de ser do instituto, o motivo de sua adoção legal, ou seja, sua causa legal. A colaboração se fundamenta em uma estratégia normativa destinada ao acertamento de crimes relacionados aos delitos associativos. Cfr. DI CHIARA, 1993, p. 23: "nell'ottica di una strategia di contrasto nei confronti della criminalità organizzata, non è possibile prescindere dall'apporto dei collaboratori di giustizia". No mesmo sentido, RUGGIERO, Rosa Anna. *L'attendibilità delle dichiarazioni dei collaboratori di giustizia nella chiamata in correità*. Torino: G. Giappichelli, 2012. p. 42.

105. Trata-se de mera indicação aproximativa. Há mais razões que levaram à expansão da negocialidade e do consenso no processo penal. Para um panorama, ver, por ex., DELLA TORRE, Jacopo. *La giustizia penale negoziata in Europa*: miti, realtà e prospettive. Padova: Cedam, 2019. p. 145 ss.

106. O § 5K 1.1 da *United States Sentencing Guidelines* indica algumas diretrizes para os casos de "substantial assistance in the investigation or prosecution of another person who has committed an offense". Ver *United States Sentencing Commission Guidelines Manual 2018*.

107. STRANG, Robert R. Plea bargaining, cooperation agreements, and imunity orders. In: *155TH International Training Course. Resource material series 92*. UNAFEI, mar. 2014. Disponível em: [https://www.unafei.or.jp/english/publications/Resource_Material_92.html]. Acesso em: 14.05.2020. p. 32: "The cooperating defendant's admission of personal guilt is not the primary goal; the point is to use this cooperating defendant, proactively or historically, to develop evidence to prosecute other individuals, usually co-conspirators. (...) The driving motivation for the use of cooperating defedants is the need to combat organized criminal groups more effectively". O autor segue referindo que os agentes de maior escalão, chefes ou líderes das práticas delitivas, somente poderão ser alcançados pela persecução mediante a colaboração dos agentes de menor escalão. Em resumo, pode se dizer que a colaboração premiada, antes de abreviar o processo ou dar solução penal alternativa, visa, sim, aprofundar a apuração, intensificar a resposta penal ao fenômeno delituoso e qualificar a cognição probatória. A lógica é de reforço cognitivo e de reforço na repressão, e não o contrário.

Não se nega o aspecto de justiça consensual nos *cooperation agreements*, e tampouco na colaboração premiada, mas há um elemento essencial de distinção, porque relacionado ao fundamento e razão de ser do instituto, que é de reforço probatório nas situações de *deficit* apurativo. Portanto, não se trata do exercício de técnica despenalizante ou de encurtamento processual,[108] mas, sim, de instrumento destinado a intensificar a apuração dos fatos ilícitos e permitir a efetividade da persecução penal[109] relativamente aos demais agentes envolvidos na prática dos delitos.[110]

Esse fundamento ficou ainda mais caracterizado na Lei 12.850 a partir da inclusão, no art. 3º-A, da utilidade pública e do interesse público como pressupostos da colaboração premiada. Não há dúvida de que o interesse público se manifesta quando seja necessário aos fins investigativos e viável o alcance dos resultados indicados nos incisos do art. 4º. A utilidade revela-se pela efetividade das revelações do colaborador no reforço concreto à apuração dos fatos.[111] O órgão judicial deve e sempre teve que controlar a presença desses pressupostos do instituto.

---

108. Cfr. já esclarecia, há muitos anos, GREVI, Vittorio. Riflessioni e suggestioni in margine all'esperienza nordamericana del "plea bargaining". *Rassegna Penitenziaria e Criminologica*, Roma, ano 7, n. 1-3, 1985. p. 61, diferentemente da dinâmica do *plea bargainig*, "nel caso dei terroristi 'pentiti', lo svolgimento del giudizio si configura come un 'passaggio' necessario al fine di accertare i presupposti del trattamento premiale", portanto, não há vantagem do ponto de vista de economia processual. Segundo BRANDALISE, Rodrigo da Silva. O acordo de colaboração processual no Brasil: um negócio jurídico inserido no direito probatório. In: MENDES, Paulo Sousa de; PEREIRA, Rui Soares. *Prova penal teórica e prática*. Coimbra: Almedina, 2019. p. 237, a colaboração não prescinde do *full trial*.

109. A mesma ideia é expressada, por ex., por HUGHES, Graham. Agreements for Cooperation in Criminal Cases. *Vanderbilt Law Review,* Nashville, v. 45, n. 1, jan. 1992. p. 2 ss., que refere se tratar de fenômenos com diferenças importantes: "Unlike the ordinary guilty plea, the suspect or defendant in cooperation agreements offers more than just a quick result that saves public resources [...] in these cases the State cannot speedily conclude the deal with a plea and a sentence and still protect its interests. The cooperator makes a set of promises and assumes potentially onerous and protracted obligations. [...] For these reasons, deals involving promises to cooperate are sharply different from the general phenomenon of plea bargaining".

110. O que já se extraia notadamente do precedente-guia do STF, HC 127.483, Rel. Min. Dias Toffoli, Tribunal Pleno, *DJe* 04.02.2016: "A colaboração premiada é um negócio jurídico processual, uma vez que, além de ser qualificada expressamente pela lei como 'meio de obtenção de prova', seu objeto é a cooperação do imputado para a investigação e para o processo criminal, atividade de natureza processual, ainda que se agregue a esse negócio jurídico o efeito substancial (de direito material) concernente à sanção premial a ser atribuída a essa colaboração".

111. O item 24.3 da Orientação Conjunta 1/2018 relaciona a efetividade e utilidade do acordo "à capacidade real de contribuição do colaborador para a investigação, por meio do fornecimento de elementos concretos que possam servir de prova". Ver, em termos análogos, MENDONÇA, Andrey Borges de. Negociação do Acordo de Colaboração premiada e as alterações introduzidas pela Lei 13.964/2019. Artigo escrito para obra coletiva do curso "Colaboração Premiada e Acordo de Leniência", promovido pela Escola da Magistratura do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, de 21 a 23 de outubro de 2019. 2020 (no prelo). p. 4.

Em segundo lugar, é importante levar em conta o efeito de direito subjetivo conferido ao colaborador pela concretização do acordo, que se dá com a homologação judicial.[112] O acordo homologado funciona como relevante instrumento para a garantia e segurança jurídica dos protagonistas. E embora a homologação não resulte na concessão antecipada do benefício ao colaborador (§ 11 do art. 4º), ele passa a ter direito a tratamento favorável. Uma vez preenchidos os termos do acordo homologado, cumprindo o agente com suas obrigações e ônus assumidos no acerto, o benefício pactuado deve ser concedido.[113] Em outras palavras, o benefício convencionado no acordo é condicional, mas vinculado pelo seu conteúdo.[114]

Em síntese, pelo acordo homologado assume-se um compromisso em nome do Estado: efetivada a colaboração tal como pactuada, e sendo eficaz, devem ser outorgados os benefícios ao colaborador.[115] Disso resulta que se busque uma necessária compatibilização aplicativa e de sistema entre o reconhecimento do direito subjetivo ao colaborador, a partir da decisão de homologação do acordo de colaboração, e o objeto da valoração do juiz ao homologar esse acordo.

Acaso o Poder Judiciário não avaliasse, no momento da homologação do acordo, a adequação dos efeitos probatórios almejados com os resultados previstos em lei, e não examinasse o equilíbrio entre benefícios previstos e resultados prognosticados, não haveria outro momento para fazê-lo. O acordo homologado judicialmente atribui direito subjetivo ao colaborador.

Por último, a interpretação de conjunto dos dispositivos legais sempre indicou, de modo claro, a necessidade de se manter uma relação de equilíbrio entre resultados e benefícios previstos no acordo. Essa solicitação legal de se manter a proporcionalidade entre os benefícios atribuídos no negócio jurídico e a eficácia investigativa e probatória

112. Ver, no STF, Pet 7074 QO, especialmente voto do Rel. Min. Edson Fachin, Pleno, Acórdão Eletrônico *DJe*-085 03. 05.2018. Ficou assentado, em resumo, que a homologação do acordo cabe ao Min. Rel., a quem cabe, inclusive, atestar a correção de equilíbrio entre benefícios e resultados previstos no acordo, deixando ao colegiado posteriormente a verificação da eficácia do prognosticado no acordo para fins de concessão do prêmio. Posição expressa, por ex., pelo Min. Celso de Mello no referido acórdão, p. 361.

113. No STF, ver HC 127.483, Rel. Min. Dias Toffoli, Tribunal Pleno, *DJe* 04.02.2016: expressamente no item VII do voto do Relator: "Caso a colaboração seja efetiva e produza os resultados almejados, há que se reconhecer o direito subjetivo do colaborador à aplicação das sanções premiais estabelecidas no acordo, inclusive de natureza patrimonial"; o item 11 da ementa resume essa ideia. Ver, também, HC 99.736, Rel. Min. Ayres Britto, *DJe* 21.05.2010; [grifo do original].

114. Consideração acolhida pelo STF, ao afirmar que: "o acordo homologado como regular, voluntário e legal gera vinculação, condicionada ao cumprimento dos deveres assumidos pela colaboração", cfr. Pet 7074 QO/DF, rel. Min. Edson Fachin, julgamento em 21, 22, 28 e 29.06.2017, informativo 870.

115. CANOTILHO, J. J. Gomes; BRANDÃO, Nuno. Colaboração premiada: reflexões críticas sobre os acordos fundantes da Operação Lava Jato. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 133, a. 25, jul. 2017. p. 150.

(resultados) decorrentes da colaboração premiada é, portanto, matéria de legalidade, conforme a parte final do § 1º;[116] o início do § 2º[117] e o § 11,[118] todos do art. 4º da Lei 12.850/2013. Na própria leitura do *caput* e incisos do art. 4º já se identifica a demanda legal por equiparação no binômio prêmio-eficácia na realização do instituto.[119]

A relação sinalagmática,[120] de proporcionalidade, que se busca estabelecer no acordo somente poderá ser alterada posteriormente em razão de situações novas verificadas nos desdobramentos da instrução judicial. Situação a ocorrer, por exemplo, por alguma ilegalidade superveniente, pela revelação de novas circunstâncias que alterem o quadro fático no qual a colaboração foi firmada, ou pela comprovação posterior de que houve reservas mentais por parte de algum protagonista do acordo.[121] Presente, no geral, o mesmo quadro fático do momento da homologação, as questões de regularidade, legalidade e adequação dos benefícios estarão superadas após a fase da homologação judicial do acordo. Daí a importância que sempre existiu de a decisão de homologação sindicar essas questões,[122] e que agora ficou mais salientada pela nova redação dos incisos do § 7º, art. 4º.

---

116. Art. 4º, § 1º: Em qualquer caso, a concessão do benefício levará em conta a personalidade do colaborador, a natureza, as circunstâncias, a gravidade e a repercussão social do fato criminoso e a eficácia da colaboração (sem grifo no original).

117. Art. 4º, § 2º: Considerando a relevância da colaboração prestada, o Ministério Público, a qualquer tempo, e o delegado de polícia, nos autos do inquérito policial, com a manifestação do Ministério Público, poderão requerer ou representar ao juiz pela concessão de perdão judicial ao colaborador, ainda que esse benefício não tenha sido previsto na proposta inicial, aplicando-se, no que couber, o art. 28 do Código de Processo Penal (sem grifo no original).

118. Art. 4º, § 11: A sentença apreciará os termos do acordo homologado e sua eficácia (grifo nosso).

119. SENNA, Gustavo; BEDÊ JUNIOR, Américo. A colaboração premiada no Brasil. In: ZANOTTI, Bruno Taufner; SANTOS, Cleopas Isaías (Org.). *Temas atuais de polícia judiciária*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 365, falam de uma necessária correlação de equivalência entre benefícios concedidos e eficácia colaborativa.

120. MENDONÇA, Andrey Borges de. Os benefícios possíveis na colaboração premiada: entre a legalidade e a autonomia da vontade. In: BOTTINI, Pierpaolo Cruz; MOURA, Maria Thereza de Assis (Coord.). *Colaboração premiada*. São Paulo: ed. RT, 2017. p. 54.

121. Nas palavras da Minª. Cármen Lúcia na Pet 7074 QO, *DJe*-085, 03.05.2018, na fase da sentença serão apreciados os efeitos decorrentes do acordo, e eventuais fatos supervenientes ou de conhecimento posterior. Na doutrina, por ex., ver BOTTINI, Pierpaolo Cruz. A homologação e a sentença na colaboração premiada na ótica do STF. In: BOTTINI, Pierpaolo Cruz; MOURA, Maria Thereza de Assis (Coord.). *Colaboração premiada*. São Paulo: ed. RT, 2017. p. 192; ver, também, CAPEZ, Rodrigo. A sindicabilidade do acordo de colaboração premiada. In: BOTTINI, Pierpaolo Cruz; MOURA, Maria Thereza de Assis (Coord.). *Colaboração premiada*. São Paulo: ed. RT, 2017. p. 208, 212.

122. Foi a posição acolhida no voto do Min. Luís Roberto Barroso, na Pet-QO 7074: "Portanto, há de ser feito um controle mínimo de legalidade no momento em que se faz a homologação, porém, uma vez homologado, as questões de legalidade estão superadas e, consequentemente, o que se vai verificar é se o acordo foi ou não cumprido, salvo, eventualmente, os fundamentos legítimos

Como visto, a explicitação, no inc. III do § 7º, da necessidade de averiguação judicial quanto à adequação dos potenciais resultados da colaboração aos resultados indicados nos incisos do *caput* do art. 4º sempre foi uma decorrência necessária da exigência de controle da legalidade (inc. I). O indicativo também reforça a conclusão de que não basta a simples revelação de fatos acessórios ou de menor significância na persecução das atividades criminosas.[123] É fundamental que os resultados sejam de consistência e magnitude na apuração dos fatos.

Na avaliação de homologação, a aferição judicial deve controlar a potencialidade de eficácia (eficácia virtual)[124] e a relação de equilíbrio entre os efeitos da colaboração e o prêmio ao agente. Esse controle quanto aos efeitos do acordo se embasa em um juízo de aparência, de verossimilhança, ou seja, efetiva-se a partir das potencialidades revelativas indicadas pelo relato do colaborador,[125] em conjunto com os elementos contidos nos anexos (art. 3º-C, § 4º), nas eventuais provas e elementos corroborativos indicados, e na cópia da investigação.[126]

O crivo judicial se conduz por uma aferição em sentido horizontal, em cognição sumária e parcial, com base nos elementos apresentados. A finalidade é de examinar se os relatos e as provas apresentadas pelo colaborador até esse momento da homologação são potencialmente idôneos ao alcance dos resultados indicados nos incisos do art. 4º da Lei 12.850.

No segundo momento, da sentença, serão apreciados os termos do acordo homologado e sua eficácia (§ 11, art. 4º). Significa dizer que os benefícios previstos no acordo homologado não serão aplicados automaticamente na sentença, o magistrado terá de

---

de invalidação de qualquer negócio jurídico, seja por vícios sociais ou por vício da vontade – sob coação, se houve suborno. São situações excepcionais, mas, como regra geral, só se vai verificar, a meu ver, o cumprimento do acordo".

123. SILVA, Eduardo Araujo da. *Organizações criminosas*: aspectos penais e processuais da Lei 12.850/2013. São Paulo: Atlas, 2014. p. 58.

124. Expressão "eficácia virtual" é de DE-LORENZI, Felipe da Costa. A determinação da pena na colaboração premiada: análise da fixação dos benefícios conforme a Lei 12.850/2013 e o Supremo Tribunal Federal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 155, ano 27, maio 2019. p. 324.

125. Note-se que o inc. I do art. 6º da Lei 12.850 estabelece que o termo de colaboração premiada deve indicar: " o relato da colaboração e seus possíveis resultados". E na Orientação Conjunta 1/2018 já consta dos itens 12 e 18 a referência ao potencial probatório da colaboração, que é o objeto de análise nessa primeira fase da colaboração.

126. Ilustrativamente, interessante conferir uma das conclusões aprovadas pelos magistrados participantes do curso de Colaboração Premiada e Acordo de Leniência, realizado pela Escola do TRF4 entre 21.10 e 05.11 de 2019, portanto, antes da nova redação do § 7º do art. 4º da Lei 12.850: "*Conclusão 09*: A homologação do acordo de colaboração representa o momento mais importante, sendo dever do magistrado realizar a sindicabilidade dos elementos do acordo, bem como o equilíbrio entre o prêmio e efetividade da colaboração, apurando num juízo de 'eficácia virtual' ou 'eficácia aparente' da colaboração".

avaliar a importância da colaboração do agente na revelação dos fatos.[127] Cabe verificar se o colaborador cumpriu com os compromissos assumidos no acordo, e se os fatos por ele revelados, contidos no negócio jurídico, restaram, no geral, comprovados na sequência da investigação e da instrução probatória em juízo.

Cumprida integralmente a postura de cooperação com as autoridades, verificados os resultados concretos na perspectiva investigativa e probatória dos fatos, estão preenchidas as condições ao reconhecimento do direito subjetivo ao prêmio na sentença.[128] Não se pode pretender condicionar o benefício à efetiva condenação dos demais acusados revelados pela delação, exigência essa que não consta da legislação. A razão de ser do prêmio ao colaborador com a justiça está na concretização integral das informações relevantes aos fins investigativos e probatórios e não no resultado, do ponto de vista punitivo, advindo dessas revelações. Importante reiterar que, na sentença, será objeto de aferição os efeitos decorrentes do acordo e eventuais fatos supervenientes ou de conhecimento posterior à homologação judicial do ajuste.[129]

Constatação a ser feita, de caráter quase geral, sob o ponto de vista do juízo de mérito na sentença, é de que o acordo de colaboração institui uma obrigação de meio ao colaborador, e não de resultado. Para corroborar essa conclusão, é preciso verificar se a análise quanto à eficácia da colaboração, no momento da sentença, deve levar em conta a idoneidade objetiva da conduta do colaborador ao alcance dos resultados probatórios, ou, então, condicionar a concessão dos benefícios ao efetivo alcance dos resultados probatórios.

Nesse aspecto, as *fattispecie* da nossa legislação parecem se adequar à exigência de idoneidade objetiva relativamente aos contributos probatórios como resultado da colaboração. Em outras palavras, a contribuição do agente deve ser idônea ao alcance dos resultados de esclarecimento probatório e de identificação dos concorrentes, mas não se exige que redunde em condenações.

---

127. PACELLI, Eugênio; FISCHER, Douglas. *Comentários ao Código de processo penal e sua jurisprudência*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2017. p. 346.

128. Tal compreensão é a mesma adotada agora de forma expressa, e mais desenvolvida, pelo STF no HC 127.483, cit. Na mesma Corte, em sentido análogo, pode-se mencionar ainda o seguinte precedente: HC 99.736, Rel. Min. Ayres Britto, *DJe* 21.05.2010. Na doutrina, referindo o vínculo obrigacional entre as partes com a homologação judicial do acordo, ver REMEDIO, José Antonio; MACIEL NETO, Aluisio Antonio. A colaboração premiada como negócio jurídico processual e sua eficácia em razão do descumprimento do acordado pelo colaborador. In: GOMES, Luiz Flávio; SILVA, Marcelo Rodrigues da; MANDARINO, Renan Posella (Org.). *Colaboração premiada*: novas perspectivas para o sistema jurídico-penal. Belo Horizonte: D'Plácido, 2018. p. 227. O STJ já afirmou o direito subjetivo do réu ao benefício, HC 35.198, Rel. Min. Gilson Dipp, 5ª T., *DJ* 03.11.2004. No mesmo sentido, ver BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. *Crimes federais*. 10. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 1279; VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. *Colaboração premiada no processo penal*. 2. ed. São Paulo: ed. RT, 2018. p. 113.

129. Cfr. Sustentado pela Min.ª Cármen Lúcia na Pet 7074 QO, *DJe*-085, 03.05.2018.

Referindo-se, especificamente, aos incisos do art. 4º da Lei 12.850, os três primeiros não indicam resultâncias demasiado fechadas (identificação, revelação e prevenção). Mais claramente dizendo, a "condenação" de coautores não é resultado condicionante do reconhecimento da eficácia. Em relação aos incisos IV e V, a conclusão é outra, pois a redação utilizada (recuperação, localização) permite perceber que a eficácia da colaboração dependerá do efetivo alcance desses resultados.

Ampliando o raciocínio, mesmo considerando-se que todos os referidos incisos tratam de "efetivo alcance dos resultados" indicados nas fórmulas legais, a previsão legal segue sendo ampla, não especificando, por exemplo, a condenação de coautores. Assim, concorda-se com Ruga Riva quando refere que, nos limites em que as fórmulas utilizadas pela lei consintam, parece apropriado premiar a mera idoneidade da colaboração ao alcance do resultado probatório ou investigativo.[130] O motivo parece óbvio: é que tais resultados dependem, de modo significativo, do empenho e da capacidade dos órgãos da persecução, bem como de circunstâncias fortuitas, não previsíveis e não atribuíveis ao colaborador ou às suas revelações.[131]

3.1.1.2. A análise quanto à adequação dos benefícios na homologação judicial do acordo

Além de avaliar a proporcionalidade entre o prêmio previsto no acordo e os efeitos almejados com a cooperação do agente no momento da homologação do negócio jurídico, é necessário também que o órgão judicial confira se os benefícios pactuados se enquadram nas regras que estabelecem a previsão legal de amenização de penas. Em uma clara intenção de limitar a natureza e a dimensão dos benefícios pela colaboração premiada, que devem ser compatíveis com a previsão legal, o legislador atribuiu ao juiz homologante a incumbência de aferir a natureza e extensão dos benefícios previstos no acordo.

Reporta-se aqui, inteiramente, ao já referido anteriormente relativamente à redução do espaço de pactuação entre os protagonistas do acordo, *supra*, item 2.2. Inclusive no tocante à nulidade de cláusulas que prevejam modificações dos regimes de cumprimento da pena ou na progressão de regime, e nos requisitos para outorga do benefício de não denunciar.

À parte todas as discussões que ensejarão tal mudança legislativa de contenção dos benefícios, resta latente o que se poderia identificar como aparente contradição em admitir um amplíssimo espaço de redução da sanção criminal, e não consentir, no interior desses parâmetros, uma adaptação às necessidades e às circunstâncias do caso concreto e da realidade da estrutura prisional brasileira.[132] Assim, a abrangência dos benefícios vai

130. RIVA, Carlo Ruga. *Il premio per la collaborazione processuale*. Milano: Giuffrè,2002. p. 384-386.

131. RIVA, Carlo Ruga. *Il premio per la collaborazione processuale*. Milano: Giuffrè,2002. p. 384-386.

132. A dissensão fica bem identificada em PACELLI, Eugênio; FISCHER, Douglas. *Comentários ao Código de processo penal e sua jurisprudência*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2017. p. 342-343, inclusive porque os autores sustentam posições discordantes no tema da extensão dos benefícios.

desde uma diminuta redução das frações da pena de prisão, passa pela ampla possibilidade genérica de substituição por penas restritivas de direitos, e alcança o máximo de premialidade nas previsões legais de concessão do perdão judicial e de não denunciar.

No entanto, nesse amplo horizonte de premialidade legalmente prevista, ao menos nos seus limites mínimo e máximo, o legislador reformista pretendeu restringir em demasiado a calibragem do benefício, retirando a possibilidade de melhor adequação da sanção ao colaborador no interior desse perímetro. Não há dúvida de que entre uma diminuta redução de pena de 1/6 , e a concessão de perdão judicial (ou de acordo de imunidade), haveria ampla possibilidade de graduação/amenização das sanções penais ao colaborador, o que poderia qualificar a resposta penal em atenção à contribuição concreta do agente, amoldando a resposta penal a uma série de critérios relacionados à pessoa do colaborador, aos fatos praticados e a sua colaboração efetiva.

Nesse contexto, conforme já referido, não se poderia desconsiderar a indigência da estrutura de cárcere no Brasil;[133] a pretensão de reinserção social do colaborador, ou, ao menos, de não dessocialização; a reconhecida carência de eficiência do sistema punitivo nacional em relação aos crimes políticos e empresariais;[134] e as condições de pactuação e de exequibilidade das sanções decorrentes do acordo. O legislador não só perdeu uma excelente oportunidade de qualificar a previsão legal para fazer frente a essas questões e à realidade subjacente como foi no caminho oposto de excessiva e irrazoável restrição da calibragem da resposta penal ao colaborador.

Ainda no aspecto da sindicabilidade judicial no momento da análise para fins de homologação, cabe mencionar que houve uma restrição ao encaminhamento judicial no caso de o acordo de colaboração não atender aos requisitos legais. Segundo o novel § 8º do art. 4º, verificando o juiz que o acordo descumpre disposições legais, a única opção é de recusar homologação ao pacto e devolver o acordo aos protagonistas, para as adequações necessárias. Não há mais a possibilidade de o julgador adequar a proposta ao caso concreto.[135] De qualquer modo, na fundamentação das razões para a devolução da proposta, que devem ser apresentadas, podem estar sinalizadas as alterações necessárias.

É adequada a posição de Dezem no sentido de que a recusa judicial de homologação do acordo e devolução aos protagonistas deve ser motivada, com a indicação das razões

133. Nesse sentido, por ex., a reflexão do Min. Luís Roberto Barroso, no voto apresentado no julgamento da Pet 7074 QO, STF, Tribunal Pleno, *DJe*-085, 03.05.2018.

134. Cfr., por ex., MENDONÇA, Andrey Borges de. Os benefícios possíveis na colaboração premiada: entre a legalidade e a autonomia da vontade. In: BOTTINI, Pierpaolo Cruz; MOURA, Maria Thereza de Assis (Coord.). *Colaboração premiada*. São Paulo: ed. RT, 2017. p. 77-95.

135. Sobre a possibilidade de adequação do acordo pelo juiz, e mesmo de glosa de cláusulas incompatíveis, ver PACELLI, Eugênio; FISCHER, Douglas. *Comentários ao Código de processo penal e sua jurisprudência*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2017. p. 344.

da recusa e dos aspectos que devem ser revisados.[136] A referida decisão judicial de não homologação do acordo pode ser impugnada por recurso de apelação, nos termos do art. 593, II, do CPP.

Ainda no que se refere ao controle do órgão judiciário na fase de homologação do acordo, cabe referir a regra prevista no § 7º-B, art. 4º. Segundo esse dispositivo, "são nulas de pleno direito as previsões de renúncia ao direito de impugnar a decisão homologatória". A questão a se refletir, nesse aspecto, não está propriamente na vedação de cláusula que preveja renúncia prévia aos direitos constitucionais de acesso à justiça, ao contraditório e à ampla defesa.

Deve-se questionar se não deveria haver alguma limitação ao recebimento de recursos apresentados pelo colaborador impugnando a homologação judicial de acordo de colaboração por ele mesmo ajustado. Conforme refere a doutrina, a confiança e a boa-fé incidem no negócio jurídico e servem como balizadoras das condutas dos protagonistas do acordo. Não é razoável acolher o que poderia se constituir em nítida hipótese de *venire contra factum proprium*,[137] por exemplo, no caso de o colaborador impugnar cláusulas por ele mesmo acordadas. Os limites de eventual recurso seriam situações supervenientes à celebração do acordo, como a hipótese de o julgador não aplicar os benefícios previstos no acerto, ou haja equívocos na aplicação da pena.[138]

3.2. Restrições ao princípio do livre convencimento motivado

A precaução que devem ter os órgãos da persecução penal em verificar, desde a origem, que a proposta de colaboração esteja instruída com a adequada e especificada descrição dos fatos nos anexos, acrescida da indicação de provas e dos elementos de corroboração, vem agora reforçada pela ampliação na mitigação legal ao princípio do livre convencimento em tema de declarações de agente colaborador.[139] Segundo modificação introduzida no § 16 do art. 4º, além da sentença condenatória, a decretação de medidas cautelares reais ou pessoais e o recebimento da inicial acusatória não podem estar embasados apenas nas declarações do colaborador.

---

136. DEZEM, Guilherme Madeira; SOUZA, Luciano Anderson de. *Comentários ao pacote anticrime*: Lei 13.964/2019. São Paulo: ed. RT, 2020. p. 214.

137. PACELLI, Eugênio; FISCHER, Douglas. *Comentários ao Código de processo penal e sua jurisprudência*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2017. p. 344 e 346.

138. Situações mencionadas por DEZEM, Guilherme Madeira; SOUZA, Luciano Anderson de. *Comentários ao pacote anticrime*: Lei 13.964/2019. São Paulo: ed. RT, 2020. p. 214-215.

139. Mitigação sempre referida à decisão condenatória, cfr., por ex., GREVI, Vittorio. Le "dichiarazioni rese dal coimputato" nel nuovo Codice di Procedura Penale. *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, Milano, ano 34, nova série, fasc. 4, ott.-dic. 1991. p. 1174; RIVA, Carlo Ruga. *Il premio per la collaborazione processuale*. Milano: Giuffrè, 2002. p. 313; NOBILI, Massimo. Commento all'art. 192 – Diritto alla prova. In: CHIAVARIO, Mario (Coord.). *Commento al nuovo Codice di procedura penale*. Torino: UTET, 1990. v. II. p. 417.

Parcela da jurisprudência já indicava orientação no sentido ora acolhido pelo legislador. Relativamente às medidas cautelares reais e pessoais, de fato a simples declaração de colaborador da justiça não pode ter ainda o efeito de embasar restrição sobre direitos do acusado que não se relacionem estritamente com o prosseguimento da apuração dos fatos.[140] Não se pode embasar nenhuma medida cautelar restritiva ou invasiva sobre direitos do imputado sem que se tomem as medidas necessárias a indicar a provável veracidade das palavras do colaborador, o que depende dos elementos de corroboração.[141]

Já em relação às medidas cautelares de natureza probatória – interceptação telefônica, busca e apreensão, quebras de sigilos – tem razão Mendonça ao referir a possibilidade de seu deferimento com base apenas nas palavras do colaborador. Nesse caso, a possibilidade surge uma vez superada a aferição interna quanto à credibilidade do colaborador e higidez dos relatos.[142] A importância dessas medidas decorre da sua necessidade para o aprofundamento da investigação, e também para a indispensável tentativa de esclarecer se há veracidade nas declarações do colaborador. Assim, entendimento contrário exigindo dados corroborativos até mesmo para tal efeito apuratório sinalizaria "uma tautologia que colocaria em risco a própria atividade instrutória: para as medidas cautelares exige-se corroboração, mas para que haja corroboração justamente são necessárias tais medidas...".[143]

Essa ampliação da exigência do legislador no tocante à regra de corroboração, antecipando sua incidência para as deliberações anteriores à fase de julgamento, atua como incitamento aos órgãos da persecução penal na apuração dos fatos. É importante seguir com outras diligências investigativas e pesquisa de variados elementos probatórios com vistas a complementar o esclarecimento dos delitos. O aprofundamento e a diversidade de linhas investigativas estariam justificados não só para a indispensável busca de elementos de corroboração, mas também para a exploração de mecanismos apuratórios desvinculados da estratégia negocial. Essa conclusão já vinha indicada claramente pelos §§ 3º e 4º do novel art. 3º-B.[144]

---

140. PEREIRA, Frederico Valdez. Valor Probatório da Colaboração Processual (Delação Premiada). *Revista CEJ*, Brasília, ano XIII, n. 44, jan.-mar. 2009. p. 31-32.

141. Ver VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. *Colaboração premiada no processo penal*. 3. ed. São Paulo: ed. RT, 2020. p. 297. Na jurisprudência, por ex., no STJ, o voto do Rel. Min. Antonio Saldanha Palheiro no HC 509.030/RJ, julgado pela 6ª T. em 14.05.2019, *DJe* 30.05.2019.

142. MENDONÇA, Andrey Borges de. A colaboração premiada e a criminalidade organizada: a confiabilidade das declarações do colaborador e seu valor probatório. In: SALGADO, Daniel de Resende; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro (Org.). *A prova no enfrentamento à macrocriminalidade*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 273.

143. Idem.

144. Em sentido análogo, MENDONÇA, Andrey Borges de. Negociação do Acordo de Colaboração premiada e as alterações introduzidas pela Lei 13.964/2019. Artigo escrito para obra coletiva do curso "Colaboração Premiada e Acordo de Leniência", promovido pela Escola da Magistratura do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, de 21 a 23 de outubro de 2019. 2020 (no prelo). p. 22.

No que se refere ao recebimento de denúncia, sempre sustentamos que seria igualmente difícil se admitir, em uma análise realizada em tese, a possibilidade de as palavras isoladas do colaborador preencherem a exigência da justa causa mínima, a ponto de se constituírem em indícios suficientes para embasar a instauração do processo crime. Acrescentávamos que seria uma apreciação a ser feita caso a caso, considerando as peculiaridades advindas do contexto fático em questão, bem como aferindo a consistência dos informes apresentados pelo colaborador.[145] No entanto, no geral, quando da apreciação concreta, pareceria exigível, ao menos, algum elemento supletivo de corroboração apto a indicar a verossimilhança das palavras do colaborador.

No entanto, no quadro anterior à alteração legislativa, a questão não era assim tão pacífica na jurisprudência.[146] A recente mudança na lei deixou ainda em aberto a questão da presença de outras narrativas com a mesma natureza de colaboração premiada, pela utilização da locução no singular "declarações do colaborador". A questão é se a existência de mais relatos de colaboradores pode conferir a justa causa necessária à instauração da fase processual. Essa situação é mais abrangente e envolve a apreciação da colaboração cruzada, também identificada como *mutual corroboration*, tema que exige tratamento específico e mais aprofundado.[147]

---

145. Em sentido similar, a posição sustentada por BRANDALISE, Rodrigo da Silva. O acordo de colaboração processual no Brasil: um negócio jurídico inserido no direito probatório. In: MENDES, Paulo Sousa de; PEREIRA, Rui Soares. *Prova penal teórica e prática*. Coimbra: Almedina, 2019. p. 233.

146. O STF havia se manifestado, mais de recente, por não admitir o recebimento de denúncia com base nos depoimentos de colaborador premiado, cfr. se vê no Inq 3994, Rel. p/ Acórdão Min. Dias Toffoli, 2ª T., *DJe*-065, de 06.04.2018; no Inq 3998, Rel. Min. Edson Fachin, Rel. p/ Acórdão Min. Dias Toffoli, 2ª T., *DJe*-045, 09.03.2018 no Inq 4074, Rel. p/ Acórdão Min. Dias Toffoli, 2ª T., *DJe*-221, 17.10.2018. Contudo, havia julgados do próprio STF em sentido diverso, admitindo o recebimento de denúncia com base nas palavras de colaborador: Inq 4118, Rel. Min. Edson Fachin, 2ª T., *DJe*-185, 05.09.2018; Inq 3982, Rel. Min. Edson Fachin, 2ª T., *DJe*-117, 05.06.2017. A divergência jurisprudencial no tema é destacada também por VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. *Colaboração premiada no processo penal*. 2. ed. São Paulo: ed. RT, 2018. p. 263-264; MENDONÇA, Andrey Borges de. A colaboração premiada e a criminalidade organizada: a confiabilidade das declarações do colaborador e seu valor probatório. In: SALGADO, Daniel de Resende; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro (Org.). *A prova no enfrentamento à macrocriminalidade*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 274, embora não encontre óbice ao recebimento da denúncia com base apenas em declarações de agente colaborador, considera desaconselhável tal estratégia acusatória, uma vez que a coleta de dados corroborativos na fase judicial tende a ser mais difícil.

147. Remetemos aos seguintes estudos nossos sobre o tema: PEREIRA, Frederico Valdez. A regra de corroboração, a liberdade dos dados confirmativos e a questão da mutual corroboration na colaboração premiada. In: GOMES, Luiz Flávio; SILVA, Marcelo Rodrigues da; MANDARINO, Renan Posella (Org.). *Colaboração premiada*: novas perspectivas para o sistema jurídico-penal. Belo Horizonte: D'Plácido, 2018. p. 121-155; PEREIRA, Frederico Valdez. *Delação premiada*: legitimidade e procedimento: aspectos controvertidos do instituto da colaboração premiada de coautor de delitos como instrumento de enfrentamento do crime organizado. 4. ed. Curitiba: Juruá, 2019. p. 257 ss.

3.3. A imprecisa regra do § 7º-A do art. 4º da Lei 12.850

Conforme referimos anteriormente, não há, na homologação do acordo, apreciação aprofundada, verticalizada, do conteúdo das cláusulas avençadas e da veracidade dos relatos. No ato de homologação, o julgador não concede os benefícios penais estipulados no acordo, o que deve ser feito no segundo momento, da sentença, quando serão apreciados os termos do acordo homologado e sua eficácia (§ 11 do art. 4º da Lei 12.850).

Nesse contexto, entre as novidades introduzidas pela Lei Anticrime na colaboração premiada, a disposição talvez mais imprecisa é a prevista no § 7º-A do art. 4º. Não obstante posicionamentos doutrinários entendendo que se trata de análise a ser feita na homologação do acordo,[148] entendemos que a regra se refere a uma avaliação judicial cabível somente na segunda fase: do sentenciamento. É bem verdade que a forma de redação, e sua inserção na sequência do dispositivo que trata do controle para fins de homologação do acordo, gera dúvidas acerca da finalidade do dispositivo.

No entanto, a referência contida na expressão "conceder os benefícios pactuados" indica, em um primeiro momento, que se trata da fase de sentenciamento, uma vez que a homologação do acordo não importa em concessão dos prêmios pactuados. Além disso, tanto a apreciação do mérito da denúncia como o juízo quanto às etapas de aplicação da pena, exigências contidas no dispositivo em análise, devem ocorrer somente no momento da sentença.

Entende-se, assim, ser finalidade do novo artigo disciplinar que a análise da concessão do prêmio pela colaboração premiada na sentença deva suceder a prévia análise do mérito da acusação e das primeiras etapas de aplicação da pena. Evitando-se, assim, a condenação automática do colaborador apenas por ter confessado as imputações e revelado fatos no processo.

No momento de aplicar o benefício, o juiz ou tribunal deve percorrer as etapas da sentença penal até chegar à aplicação do prêmio. Ou seja, devem estar demonstradas as pretensões de relevância, ilicitude e reprovação[149] relativamente ao colaborador, e superadas as fases iniciais de aplicação da pena, para então o magistrado aplicar o benefício pactuado ao colaborador.

Trata-se, em última análise, de uma fundamentação pelo órgão julgador para a aplicação do benefício. O que não se aplica no caso de não oferecimento de denúncia. São

148. Referindo tratar-se de análise a ser feita na homologação do acordo, BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Direito penal, processo penal e colaboração premiada na lei "anticrime". *ConJur*, 06.01.2020. Disponível em: [www.conjur.com.br/2020-jan-06/direito-defesa-direito-penal-processo-penal--delacao-lei-anticrime]. Acesso em: 10.05.2020.

149. Cfr. BUSATO, Paulo César. *Direito penal*: parte geral. São Paulo: Atlas, 2013. p. 258 e ss., que inclui, ainda, a pretensão de punibilidade. Pretensões essas que correspondem às categorias tradicionais do delito: tipicidade, ilicitude e culpabilidade. É a posição de VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. *Colaboração premiada no processo penal*. 3. ed. São Paulo: ed. RT, 2020. p. 180.

razões pelas quais se entende que não tem sentido pretender aplicar essa regra do § 7º-A na fase da homologação.[150]

4. Conclusões

Há avanços importantes na disciplina do procedimento da colaboração premiada a partir das inovações introduzidas pela Lei 13.964/2019. Aspecto de destaque é a inserção de normativa básica da fase preliminar de tratativas e negociações entre os protagonistas do acordo, matéria importante relativamente à qual a regulação legal era quase que inexistente.

Ponto também importante que mereceu atenção na lei anticrime é o do controle do julgador realizado na fase de homologação do acordo. Embora se depreenda que houve apenas uma melhor explicitação das questões que devem ser objeto do controle judicial, sem alteração substancial relativamente à regra originária do § 7º do art. 4º da Lei 12.850/13, a verdade é que a nova redação legal, com a inserção dos incisos II e III no mencionado § 7º, deixou mais claro que a verificação judicial para fins de homologação deve se embasar em efetivo exame dos resultados almejados e dos benefícios indicados no termo de acordo.

Conforme abordado, uma das finalidades mais claras que se extrai das alterações legislativas implementadas pela Lei 13.964/19, na colaboração premiada, é a de restringir o âmbito dos benefícios passíveis de negociação e de concessão aos colaboradores no acordo de colaboração premiada. Entende-se que o legislador perdeu uma excelente oportunidade de qualificar a previsão legal da natureza e extensão dos benefícios atribuíveis ao colaborador. É importante que haja regulação mais ampliada dos benefícios possíveis, com disciplina mais detalhada da extensão, requisitos e limites das benesses, inclusive com mecanismos legais de adequação para os casos de penas acumuladas excessivamente elevadas.

Verificam-se, inclusive, incongruências nos sentidos assumidos pelas alterações da Lei 13.964/19 no sistema jurídico penal brasileiro. A nova legislação, ao mesmo tempo em que retirou qualquer controle judicial de legalidade sobre a qualidade da investigação e o arquivamento do inquérito penal, instituiu controle judicial mais rígido na colaboração premiada, contexto em que há espaço de negociação consentido ao órgão acusatório. Talvez esse seja um dos temas que mais exigirá reflexões e debates doutrinários. O trato do tema da colaboração premiada ainda merece amadurecimento doutrinário e jurisprudencial, além de qualificação da legislação. As mudanças ora abordadas, embora importantes, não serão as últimas.

150. É preciso lembrar que, no âmbito dos tribunais, o STF já reafirmou que é atribuição do relator, monocraticamente, homologar os acordos de colaboração. O juízo sobre o cumprimento do acordo e sua eficácia deve se dar na sentença. Ver, em especial, ementa da Pet 7074 QO, Pleno, *DJe*-085, 03.05.2018. Compreensão que reforça a ideia ora sustentada.

Referências

ALFONSO, Roberto. Introduzione: il fenomeno del "pentitismo" e il maxiprocesso. In: TINEBRA, Giovanni; ALFONSO, Roberto; CENTONZE, Alessandro (a cura di). *Fenomenologia del maxiprocesso*: venti anni di esperienze. Milano: Giuffrè, 2011.

ALMEIDA, Cleomar; SENA, Yala. Presos são soltos sem tornozeleira eletrônica em ao menos 7 Estados. *Folha de S. Paulo*, 2017. Disponível em: [www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2017/08/1914493-presos-sao-soltos-sem-tornozeleira-eletronica-em-ao-menos-em-7-estados.shtml]. Acesso em: 10.05.2020.

AMODIO, Ennio. Processo penale, diritto europeo e common law: dal rito inquisitorio al giusto processo. Milano: Giuffrè, 2003.

BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. *Crimes federais*. 10. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2015.

BATRA, Rishi. Lafler and Frye: a new constitutional standard for negotiation. *Cardozo Journal of Conflict Resolution*, [S.l.], v. 14, p. 309-338, mar. 2013. Disponível em: [https://ssrn.com/abstract=2236455]. Acesso em: 18.05.2020.

BERNASCONI, Alessandro. *La collaborazione processuale*: incentivi, protezione e strumenti di garanzia a confronto con l'esperienza statunitense. Milano: Giuffrè, 1995.

BITTAR, Walter Barbosa. *Delação premiada*: direito estrangeiro, doutrina e jurisprudência. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

BOTTINI, Pierpaolo Cruz. A homologação e a sentença na colaboração premiada na ótica do STF. In: BOTTINI, Pierpaolo Cruz; MOURA, Maria Thereza de Assis (Coord.). *Colaboração premiada*. São Paulo: ed. RT, 2017.

BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Direito penal, processo penal e colaboração premiada na lei "anticrime". *ConJur*, 06.01.2020. Disponível em: [www.conjur.com.br/2020-jan-06/direito-defesa-direito-penal-processo-penal-delacao-lei-anticrime]. Acesso em: 10.05.2020.

BRANDALISE, Rodrigo da Silva. O acordo de colaboração processual no Brasil: um negócio jurídico inserido no direito probatório. In: MENDES, Paulo Sousa de; PEREIRA, Rui Soares. *Prova penal teórica e prática*. Coimbra: Almedina, 2019.

BUSATO, Paulo César. *Direito penal*: parte geral. São Paulo: Atlas, 2013.

CALLEGARI, André Luís; LINHARES, Raul Marques. *Colaboração premiada*: lições práticas e teóricas, de acordo com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2019.

CANÁRIO, Pedro; CALEGARI, Luiza. Delator não pode mais relatar fatos não relacionados à investigação. *ConJur*, 25.12.2019. Disponível em: [www.conjur.com.br/2019-dez-25/delator-nao-relator-fatos-quais-nao-participou]. Acesso em: 14.05.2020.

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

CAPEZ, Rodrigo. A sindicabilidade do acordo de colaboração premiada. In: BOTTINI, Pierpaolo Cruz; MOURA, Maria Thereza de Assis (Coord.). *Colaboração premiada*. São Paulo: ed. RT, 2017.

COURA, Alexandre de Castro; BEDÊ JR., Américo. Atuação do juiz no acordo de colaboração premiada e a garantia dos direitos fundamentais do acusado no processo penal brasileiro. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 105, v. 969, p. 149-159, jul. 2016.

DELLA TORRE, Jacopo. *La giustizia penale negoziata in Europa*: miti, realtà e prospettive. Padova: Cedam, 2019.

DE-LORENZI, Felipe da Costa. A determinação da pena na colaboração premiada: análise da fixação dos benefícios conforme a Lei 12.850/2013 e o Supremo Tribunal Federal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 155, ano 27, p. 293-338, maio 2019.

DEZEM, Guilherme Madeira; SOUZA, Luciano Anderson de. *Comentários ao pacote anticrime*: Lei 13.964/2019. São Paulo: ed. RT, 2020.

DI CHIARA , Giuseppe. In tema di chiamata in correità (Osservazioni a Cass., 30 gennaio 1992). *Il Foro italiano*, Roma, ano 118, parte II, v. 116, p. 21-28, 1993.

GIL, Alessi. Delatores da Lava Jato: penas menores do que o previsto e patrimônio mantido. *El País*, 01.03.2017. Disponível em: [https://brasil.elpais.com/brasil/2017/02/02/politica/1486051264_488519.html]. Acesso em: 16.06.2020.

GRANZINOLI, Cássio Murilo Monteiro. A delação premiada. In: BALTAZAR JUNIOR, José Paulo; MORO, Sergio Fernando (Org.). *Lavagem de dinheiro*: comentários à lei pelos juízes das varas especializadas em homenagem ao Ministro Gilson Dipp. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

GREVI, Vittorio. Riflessioni e suggestioni in margine all'esperienza nordamericana del "plea bargaining". *Rassegna Penitenziaria e Criminologica*, Roma, ano 7, n. 1-3, p. 53-78, 1985.

GREVI, Vittorio. Le "dichiarazioni rese dal coimputato" nel nuovo Codice di Procedura Penale. *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, Milano, ano 34, nova série, fasc. 4, ott.-dic. 1991.

GOMES, Luis Flávio; SILVA, Marcelo Rodrigues da. Negócios jurídicos premiais como instrumento de enfrentamento à corrupção: ativismo do Ministério Público, sua legitimidade democrática e captura de instrumentos negociais premiais de outras esferas de responsabilização. In: GOMES, Luiz Flávio; SILVA, Marcelo Rodrigues da; MANDARINO, Renan Posella (Org.). *Colaboração premiada*: novas perspectivas para o sistema jurídico-penal. Belo Horizonte: D'Plácido, 2018.

HUGHES, Graham. Agreements for Cooperation in Criminal Cases. *Vanderbilt Law Review*. Nashville, v. 45, n. 1, p. 01-69, jan. 1992.

LEVENSON, Laurie L. Peeking Behind the Plea Bargaining Process: Missouri v. Frye & Lafler v. Cooper. *Loyola of Los Angeles Law Review,* [S.l.], v. 46, n. 2, p. 457-490, 2013. Disponível em: [https://digitalcommons.lmu.edu/llr/vol46/iss2/22]. Acesso em: 14.05.2020.

MAGGIO, Paola. Il testimone "forte": specificità ed anomalie della prova dichiarativa nei processi di criminalità organizzata. *Diritto penale e processso*, Milano, ano 12, n. 2, p. 225-238, fev. 2006.

MASSON, Cleber; MARÇAL, Vinícius. *Crime Organizado*. 3. ed. rev., atual., e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2017.

MENDONÇA, Andrey Borges de. A colaboração premiada e a criminalidade organizada: a confiabilidade das declarações do colaborador e seu valor probatório. In: SALGADO, Daniel de Resende; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro (Org.). *A prova no enfrentamento à macrocriminalidade*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2016.

MENDONÇA, Andrey Borges de. Os benefícios possíveis na colaboração premiada: entre a legalidade e a autonomia da vontade. In: BOTTINI, Pierpaolo Cruz; MOURA, Maria Thereza de Assis (Coord.). *Colaboração premiada*. São Paulo: ed. RT, 2017.

MENDONÇA, Andrey Borges de. Negociação do Acordo de Colaboração premiada e as alterações introduzidas pela Lei 13.964/2019. Artigo escrito para obra coletiva do curso "Colaboração Premiada e Acordo de Leniência", promovido pela Escola da Magistratura do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, de 21 a 23 de outubro de 2019 (no prelo).

NANULA, Gaetano. *La lotta alla mafia*: strumenti giuridici, strutture di coordinamento, legislazione vigente. 5. ed. Milão: Giuffrè, 2009.

NOBILI, Massimo. Commento all'art. 192 – Diritto alla prova. In: CHIAVARIO, Mario (Coord.). *Commento al nuovo Codice di procedura penale*. Torino: UTET, 1990. v. II.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Pacote anticrime comentado*: Lei 13.964, de 24.12.2019. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

PACELLI, Eugênio; FISCHER, Douglas. *Comentários ao Código de processo penal e sua jurisprudência*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

PENTEADO, Jaques de Camargo. Delação premiada. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 95, v. 848, p. 711-736, jun. 2006.

PEREIRA, Frederico Valdez. Valor Probatório da Colaboração Processual (Delação Premiada). *Revista CEJ*, Brasília, ano XIII, n. 44, p. 25-35, jan.-mar. 2009.

PEREIRA, Frederico Valdez. A regra de corroboração, a liberdade dos dados confirmativos e a questão da *mutual corroboration* na colaboração premiada. In: GOMES, Luiz Flávio; SILVA, Marcelo Rodrigues da; MANDARINO, Renan

Posella (Org.). *Colaboração premiada*: novas perspectivas para o sistema jurídico-penal. Belo Horizonte: D'Plácido, 2018.

PEREIRA, Frederico Valdez. *Delação premiada*: legitimidade e procedimento: aspectos controvertidos do instituto da colaboração premiada de coautor de delitos como instrumento de enfrentamento do crime organizado. 4. ed. Curitiba: Juruá, 2019.

PULITANÒ, Domenico. Tecniche premiali fra diritto e processo penale. *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, Milano, ano 29, nova série, fasc. 4, p. 1005-1041, out.-dez. 1986.

REMEDIO, José Antonio; MACIEL NETO, Aluisio Antonio. A colaboração premiada como negócio jurídico processual e sua eficácia em razão do descumprimento do acordado pelo colaborador. In: GOMES, Luiz Flávio; SILVA, Marcelo Rodrigues da; MANDARINO, Renan Posella (Org.). *Colaboração premiada*: novas perspectivas para o sistema jurídico-penal. Belo Horizonte: D'Plácido, 2018.

RIVA, Carlo Ruga. *Il premio per la collaborazione processuale*. Milano: Giuffrè, 2002.

ROBERTS, Jenny. Effective plea bargaining counsel. *Yale Law Journal* [*on-line*], New Haven, v. 122, n. 7, p. 2650-2674, 2013.

RUGGIERO, Rosa Anna. *L'attendibilità delle dichiarazioni dei collaboratori di giustizia nella chiamata in correità*. Torino: G. Giappichelli, 2012.

SALOMI, Maíra Beauchamp. Colaboração premiada: principais questões acerca da competência para homologação. In: BOTTINI, Pierpaolo Cruz; MOURA, Maria Thereza de Assis (Coord.). *Colaboração premiada*. São Paulo: ed. RT, 2017.

SANTOS, Marcos Paulo Dutra. *Colaboração (delação) premiada*. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2019.

SENNA, Gustavo; BEDÊ JUNIOR, Américo. A colaboração premiada no Brasil. In: ZANOTTI, Bruno Taufner; SANTOS, Cleopas Isaías (Org.). *Temas atuais de polícia judiciária*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2016.

SILVA, Eduardo Araujo da. *Organizações criminosas*: aspectos penais e processuais da Lei 12.850/2013. São Paulo: Atlas, 2014.

STRANG, Robert R. Plea bargaining, cooperation agreements, and imunity orders. In: *155TH International Training Course*. Resource material series 92. UNAFEI, mar. 2014. Disponível em: [https://www.unafei.or.jp/english/publications/Resource_Material_92.html]. Acesso em: 14.05.2020.

TERRA, Luiza Borges. Aspectos da voluntariedade da delação premiada: a questão do delator preso provisoriamente. In: GOMES, Luiz Flávio; SILVA, Marcelo Rodrigues da; MANDARINO, Renan Posella (Org.). *Colaboração premiada*: novas perspectivas para o sistema jurídico-penal. Belo Horizonte: D'Plácido, 2018.

VACCARO, Luciano. Alterações promovidas pela lei anticrime na Lei do Crime Organizado: Lei 12.850/13. In: CAVALCANTE, André Clark Nunes. *Lei anticrime comentada*. Leme/SP: JH Mizuno, 2020.

VALENTE, Victor Augusto Estevam; MARTINS, José Eduardo Figueiredo de Andrade. O acordo de colaboração premiada na teoria dos negócios jurídicos: um diálogo entre o direito civil e o processo penal. In: GOMES, Luiz Flávio; SILVA, Marcelo Rodrigues da; MANDARINO, Renan Posella (Org.). *Colaboração premiada*: novas perspectivas para o sistema jurídico-penal. Belo Horizonte: D'Plácido, 2018.

VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. *Colaboração premiada no processo penal*. 2. ed. São Paulo: ed. RT, 2018.

VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. *Colaboração premiada no processo penal*. 3. ed. São Paulo: ed. RT, 2020.

WEIGEND, Thomas; TURNER, Jenia Iontcheva. *The constitutionality of negotiated criminal judgments in Germany*. *German Law Journal*, [S.l.], v. 15, n. 1, p. 81-105, 2014.

Pesquisas do Editorial

Veja também Doutrinas relacionadas ao tema

- Colaboração premiada e negociação na justiça criminal brasileira: acordos para aplicação de sanção penal consentida pelo réu no processo penal, de Vinicius Gomes de Vasconcellos – RBCCrim 166/241-271 (DTR\2020\3826);
- Colaboração premiada: visão a partir do garantismo e do modelo cooperativo de processo, de Rogério Filippetto e Gustavo Henrique Alves Esteves – RT 1011/325-354 (DTR\2019\42223);
- O instituto da colaboração premiada no sistema legal brasileiro e sua receptividade como meio de defesa: necessidades de reforma, de Rodrigo Sánchez Rios e Renata Amaral Farias – RBCCrim 148/319-347 (DTR\2018\19811); e
- O valor probatório da colaboração premiada e a corroboração com base na colaboração cruzada: uma análise do direito brasileiro e da jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos, de Mariângela Gama de Magalhães Gomes e José Paulo Micheletto Naves – RDPec 3/83-103 (DTR\2020\11480).

Veja também Legislações relacionadas ao tema

- arts. 3º a 7º da Lei 12.850/2013 (LGL\2013\7484) e art. 14, da Lei 13.964/2019 (LGL\2019\12790).

Precisamos falar sobre "identidade física" do juiz: modelos de imparcialidade objetiva no processo penal

We need to talk about the "physical identity" of the judge: models of objective impartiality in the criminal proceedings

Matheus Felipe de Castro

Doutor em Direito pela UFSC – Universidade Federal de Santa Catarina (2009). Pós-Doutor em Direito pela UnB – Universidade de Brasília (2017). Professor de Direito Processual Penal na graduação em Direito e no Programa de Pós-graduação profissional (Mestrado) em Direito e Acesso à Justiça da UFSC. Professor de Criminologia na graduação em Direito e no Programa de Pós-graduação (mestrado e doutorado) da UNOESC – Universidade do Oeste de Santa Catarina. Coordenador do *Cautio Criminalis* – Grupo de Estudos e Pesquisas em Realidade do Sistema Penal Brasileiro.
ORCID: [https://orcid.org/0000-0002-0534-7981].
Lattes: [http://lattes.cnpq.br/5886777694278516].
matheusfelipedecastro@gmail.com

Daniel Ghilardi

Graduado em Direito pela UNOESC – Universidade do Oeste de Santa Catarina (2019), campus de São Miguel do Oeste. Advogado.
ORCID: [https://orcid.org/0000-0002-5287-0425].
Lattes: [http://lattes.cnpq.br/7718745458863289].
ghilardi.daniel@outlook.com

Recebido em: 17.10.2019
Aprovado em: 29.08.2020
Última versão dos autores: 09.09.2020

Áreas do Direito: Processual; Penal

Resumo: Considerando a importância prática do debate sobre imparcialidade judicial no processo penal, objetiva-se identificar o funcionamento real do princípio da "identidade física do juiz", até agora reconhecido como uma garantia de qualidade no julgamento, em favor do acusado. Para tanto, procede-se à exposição de alguns antecedentes que explicariam a formação dessa pré-compreensão no Judiciário brasileiro,

Abstract: Considering the practical importance of the debate on judicial impartiality in criminal proceedings, the objective is to identify the real functioning of the principle of "physical identity of the judge", hitherto recognized as a guarantee of quality in the trial, in favor of the accused. To this end, we proceed to expose some antecedents that would explain the formation of this pre-understanding in the Brazilian Judiciary,

destacando, posteriormente, contradições que indicam uma dissonância entre o discurso declarado do Judiciário na aplicação desse princípio e as funções reais que ele desempenha. Desse modo, com aporte na psicologia cognitiva, observou-se que a proximidade do juiz que instrui um processo com a prova, ao invés de garantir um conhecimento mais profundo sobre a causa em julgamento, pode gerar enviesamentos cognitivos que prejudicam a imparcialidade processual, permitindo concluir que o princípio da identidade física do juiz poderia cumprir funções reais de fortalecimento do modelo preponderantemente inquisitorial de coleta da prova e julgamento no processo penal brasileiro.

Palavras-chave: Imparcialidade no processo penal – Identidade física do juiz – Enviesamentos cognitivos – Sistema Processual Penal Inquisitório.

highlighting, later, contradictions that indicate a dissonance between the declared discourse of the Judiciary in the application of this principle and the real functions that it performs. Thus, based on cognitive psychology, it was observed that the proximity of the judge who instructs a case with the evidence, instead of ensuring a deeper knowledge about the cause in trial, can generate cognitive biases that impair procedural impartiality, allowing conclude that the principle of the physical identity of the judge could fulfill real functions of strengthening the predominantly inquisitorial model of evidence collection and judgment in the Brazilian criminal process.

Keywords: Criminal proceedings impartiality – Physical identity of the judge – Cognitive biases – Inquisitive Criminal Procedure System.

Sumário: 1. Introdução. 2. A identidade física do juiz: natureza e função. 3. Crítica à identidade física do juiz: uma hipótese de inquisitoriedade?. 4. Enviesamentos cognitivos: a confusão entre as funções de instruir e julgar. 5. Sistemas processuais e modelos objetivos de imparcialidade decisória. Considerações finais. Referências.

1. Introdução

A filial brasileira do grupo jornalístico *The Intercept* publicou, em data de 09 de junho de 2019, uma reportagem assinada pelo jornalista estadunidense Glenn Greenwald, contendo amplo material fornecido por fontes jornalísticas preservadas, que demonstrariam o entrosamento do então juiz da 13ª Vara Federal Criminal da Circunscrição Judiciária de Curitiba com os Procuradores da República comandantes da Operação Lava Jato. Esse material consiste basicamente em conversas trocadas entre as personagens pelo *App* Telegram, um aplicativo móvel de mensagens instantâneas muito similar ao seu congênere mais difundido, o *WhatsApp*.

Basicamente, as conversas trocadas dizem respeito a "combinações" realizadas entre membros do Ministério Público Federal e o então Juiz Federal acerca de processos promovidos pelos Procuradores da Operação Lava Jato naquele juízo criminal federal e que revelariam não somente a parcialidade com que o magistrado operava, pró-Ministério

Público Federal, mas também motivações de ordem político-partidária que guiavam as ações efetivadas por todas as personagens envolvidas.

Há muito a doutrina processual penal mais contemporânea no Brasil vem definindo o processo penal brasileiro como preponderantemente marcado pelo *princípio inquisitivo*, eis que embora haja uma separação formal entre o órgão de acusação e o órgão julgador, essa separação não se opera funcionalmente na gestão da prova: no processo penal brasileiro, o juiz de instrução possui poderes amplíssimos para manipular a prova processual, permitindo-a, rejeitando-a ou mesmo diretamente determinando sua produção, o que possibilitaria a inversão da lógica *indutiva* que deveria presidir a formação do convencimento judicial (análise da prova → convencimento), para uma lógica *dedutiva* (convencimento → produção da prova que corrobora o convencimento), que Franco Cordero, na Itália, chamou de "primato dell'ipotesi sui fatti" e que condicionaria o processo mental de formação do convencimento do decisor submetido ao princípio inquisitivo.

Isso leva à necessidade de discutir a natureza de conhecido "princípio" processual penal que, no Brasil, por largo tempo foi considerado uma garantia de justiça processual para os acusados, na medida em que vincula o juiz instrutor do processo à sentença, denominado "Princípio da Identidade Física do Juiz", e que tem sido abandonado em nações que no passado vivenciaram uma tradição de fortes sistemas processuais penais inquisitoriais e que optaram por transitar contemporaneamente a processos penais preponderantemente acusatórios.

Dessa forma, o presente artigo objetiva analisar o "Princípio da Identidade Física do Juiz" no processo penal brasileiro, a partir das perguntas que constituem seu problema de pesquisa: esse princípio se coaduna com um processo constitucionalizado e de índole acusatória? Ou estaria a reforçar a reconhecida estrutura inquisitorial do processo penal brasileiro? Que medidas poderiam ser admitidas para, de *lege ferenda*, aperfeiçoar o processo penal brasileiro rumo às determinações democráticas da Constituição de 1988? Seria possível propor um modelo de *imparcialidade objetiva* do juiz criminal?

Para responder a essas perguntas, o artigo utilizou uma metodologia de construção dedutiva, tendo por marco teórico referencial mais geral o amplo debate sobre Sistemas Processuais Penais, realizado com fundamento na obra de Franco Cordero e nas suas ponderações sobre gestão da prova no processo penal e o papel e lugar de cada uma das personagens envolvidas no processo.

Dividido em três capítulos, o presente trabalho contém informações sobre o princípio da identidade física do juiz, dos sistemas processuais e sobre as funções de instruir e julgar. O primeiro capítulo se destina à compreensão do chamado princípio da identidade física do juiz, consagrado no § 2º, do artigo 399, do Código de Processo Penal, contendo informações relativas à conceituação, conteúdo e evolução histórica do mesmo. O segundo capítulo, por sua vez, destina-se à compreensão dos chamados sistemas processuais inquisitório e acusatório. Já o terceiro capítulo, enfim, ao estudo das funções de instruir e julgar, no sentido de se examinar os fatores que têm alimentado o enviesamento

cognitivo dos julgadores, gerando uma quebra inconsciente e sistêmica de suas imparcialidades.

2. A identidade física do juiz: natureza e função

No plano das ideias, o processo judicial seria uma construção dialética e retórica em que todos os fatos deveriam ser demonstrados (CALHEIROS, 2009, p. 363), instrumentalizando a reconstrução aproximativa de um determinado acontecimento histórico juridicamente relevante (GASCÓN ABELLÁN, 2006, p. 47-48), e destinado a formar o convencimento do sujeito processual encarregado da competência constitucional de acertar o caso penal. Mediante o respeito à legalidade e os direitos fundamentais, se asseguraria que o resultado alcançado teria a marca da "verdade" (CHINNICI, 2005, p. 10-11).

O "descobrimento" dessa verdade ideal deveria perseguir um procedimento de legitimação, que permitiria o confronto de teses e antíteses, por meio de alegações e ações probatórias que influenciariam a convicção do julgador. Tal atividade seria desenvolvida por meio da instrução probatória, consistente na coleta de provas que permitiriam a aproximação do acontecimento histórico (GOMES, 2013, p. 2).

Nesse modelo ideal, os fins do processo só seriam integralizados quando se atendesse à necessidade de uma relação imediata, pessoal e direta entre os julgadores e o elemento probatório, sem intermediações, possibilitando, nas palavras de Cordero (2003, p. 579), sua *cattura psichica*.

Em sua tese de doutorado, Décio Luiz Alonso Gomes (2013, p. 04) assevera que, somente na segunda metade do século XX, com o surgimento da corrente empírico-científica da Idade Moderna, é que os elementos discursivos da atividade probatória adquiriram específica conotação material, servindo para pôr em ordem os papéis dos sujeitos processuais no tocante à atividade instrutório-probatória e, também, para estabelecer um profundo relacionamento metodológico entre o juiz e o conteúdo probatório. Tal fato deu azo ao surgimento de uma norma densificadora da imediação, consistente no princípio da identidade física do juiz, que, no caso brasileiro, apenas com a reforma de 2008, passou a integrar expressamente o Código de Processo Penal (em seu artigo 399, § 2º, com redação determinada pela Lei 11.719/2008).

Segundo a teoria tradicional, sintetizada por Figueiredo Dias (2004, p. 233), a aceitação do princípio é considerada, hoje, um dos progressos mais efetivos e estáveis da história do direito processual penal, sendo requisito indispensável para se falar em livre valoração da prova, já que sem a apreciação imediata e direita dos elementos empíricos pelo juiz, não seria possível que este formulasse adequadamente sua convicção.

O processo oral seria o método em que os atos processuais se realizariam de modo a propiciar o contato direto e pessoal do julgador com as fontes de prova, com os argumentos

das partes e, especialmente, com a captação autêntica dos elementos empíricos que possibilitariam a formação do seu convencimento.

Na base dessa construção conceitual estaria um pressuposto de inamovibilidade do julgador. Reconhecido como corolário ou atributo do princípio da imediação, o cânone da identidade física do juiz figuraria como componente de um desenho unitário que seria destinado a possibilitar que a decisão final fosse fruto de uma percepção psíquica direta da prova (RENON, 2008, p. 10-11).

O princípio da identidade física do juiz postularia, assim, de forma muito simples, que o juiz de instrução fosse o mesmo a julgar a causa, ao seu fim (CHIAVARIO, 2007, p. 417-418), porque a reunião empírica das provas se relacionaria indissociavelmente da decisão, já que aquelas seriam meio indispensável para chegar a esta. A correta apreciação da prova só poderia ser garantida por essa relação de imediatidade. Dinamarco (2005, p. 454-455) observava, inclusive, que o juiz que se desliga do processo no qual tomou pessoalmente toda prova oral, permitindo que outro juiz pronuncie a sentença estaria ferindo de morte todos os méritos que adviriam da adoção de um processo preponderantemente oral.

No direito processual brasileiro, a matéria sempre despertou interesse, provocando inúmeras discussões. Em relação à origem, Barbi (1999, p. 403) afirma que, no Código de Processo Civil de 1939, antecedido por ruidoso debate sobre a conveniência da adoção da oralidade, teria ficado estabelecido o princípio da identidade física do juiz com exageros (art. 120), pois o juiz que iniciasse a instrução, ainda que transferido, promovido ou aposentado deveria encerrá-la. A regra também se aplicava ao substituto, que deveria repetir as provas orais (art. 120, parágrafo único), como pressuposto de seu sentenciamento.

A grande extensão dos territórios nacionais, entretanto, acabou tornando o texto da lei inaplicável. Tais rigores findaram por trazer embaraços e impor sérios entraves técnicos a adoção de um princípio de identidade física do juiz, o que levou o Código de Processo Civil de 1973 a, no seu artigo 132, preservar o sistema, mantendo compulsória a vinculação do magistrado que instruísse o feito à prolação da sentença, mas nos seguintes termos:

> "O juiz, titular ou substituto, que iniciar a audiência, concluirá a instrução, julgando a lide, salvo se for transferido, promovido ou aposentado; casos em que passará os autos ao seu sucessor." (BRASIL, 1973).

Na órbita jurisprudencial, como aponta GOMES (2013, p. 131), a primeira referência histórica em matéria penal do princípio da identidade física do juiz ocorreu no Supremo Tribunal Federal, no Recurso em Habeas Corpus 33.519, relatado pelo Ministro Sampaio Costa, julgado em 27/04/1955. A ementa do aresto, afirmava que:

> "O código de processo penal, ao revés do que preconiza o código de processo civil, não adota o princípio da identidade física do juiz da instrução e da sentença. O disposto no art. 502, par. 2º, daquele código, é de ordem facultativa e não imperativa."

O tema voltaria a ser debatido no Supremo Tribunal Federal. Na relatoria do Habeas Corpus 36.718, julgado pelo Pleno daquela Corte em 08/07/1959, o Ministro Nelson Hungria, votaria por conceder parcialmente uma ordem de habeas corpus, a fim de anular o processo até a audiência de instrução e julgamento, determinando a renovação de seus atos, eis que, em se tratando de:

> "[...] processo sumário, já se tendo realizado a audiência eis de julgamento, o superveniente juiz, que passa a ser o único competente, terá de ordenar nova audiência para o fim de novo debate oral, podendo, se quiser, ouvir novamente o réu e as testemunhas."

Mais contemporaneamente, mas anterior à reforma de 2008, a jurisprudência se mostrava conivente à possibilidade de alteração do magistrado durante o desenvolvimento do processo, de modo que a imediação e a identidade física do juiz não eram princípios informadores, nem requisitos que se referiam à validade dos atos processuais. A Lei 11.719, de 20 de junho de 2008, alterou o Código de Processo Penal na parte referente aos procedimentos e incluiu, no artigo 399, um § 2º, que dispôs que "o juiz que presidiu a instrução deverá proferir a sentença" (BRASIL, 1941).

A inexistência de previsão, no âmbito do processo penal, da identidade física do juiz decorria, pois, de uma estrutura procedimental desconcentrada, no sentido de que no sistema originário do Código, o procedimento comum ordinário se desenvolvia com a realização de várias audiências (uma de interrogatório, outra de oitiva de testemunhas de acusação e, uma terceira, de oitiva de testemunhas de defesa). Com a alteração do Código de Processo Penal em 2008, os procedimentos passaram a se desenvolver em audiências concentradas, o que teria reforçado a oralidade, demandando a adoção expressa da identidade física do juiz. Gustavo Badaró (2010, p. 242), assevera que:

> "Com as mudanças operadas pela Lei 11.719/2008, o novo § 2.º do art. 399 do CPP passou a prever a identidade física do juiz. A mesma lei também reformou o procedimento comum ordinário e sumário, que passaram a se desenvolver em audiência una, de instrução, debates e julgamento (CPP, art. 400, caput, e art. 531) e, portanto, com concentração. Além disso, a nova redação do art. 155, caput, dada pela Lei 11.690/2008, deixou claro que a prova a ser valorada pelo juiz é aquela produzida em contraditório, o que fortalece a regra da imediatidade. Houve, pois, um reforço geral do sistema da oralidade."

Um processo oral é um mecanismo em que os atos processuais são realizados de modo a propiciar o contado direto e pessoal do juiz com as fontes e alegações das partes, com

vista à captação mais autêntica dos elementos de prova. O fundamento desse sistema está na suposição de que entre a imutabilidade e a imediação haja uma relação de necessária implicação e, nesse sentido, a identidade física do juiz deveria ser considerada uma condição de validade do julgamento (GOMES, 2013, p. 112-113). A rotatividade das pessoas físicas que compõem os órgãos judicantes constituiria uma situação indesejada.

Dessa forma, fica evidente que a identidade física do juiz surgiu como um corolário de cientificidade (avaliação dos elementos empíricos pelo próprio pesquisador/julgador) e com a função de permitir a "emergência da verdade" encoberta pelo fato por intermédio da ação racional de um sujeito sobre um objeto, na perspectiva filosófica de um essencialismo identitário (identidade entre coisa e seu significado, sem mediação de um processo significante).

3. Crítica à identidade física do juiz: uma hipótese de inquisitoriedade?

Segundo o princípio da identidade física do juiz, o responsável pela coleta das provas orais é o mais indicado a julgar a causa. Juan Monroy Gálvez (2009, p. 199) – jurista peruano e um dos maiores representantes do socialismo processual na América Latina –, assinalava que o princípio estudado seria um dos mais importante dentro de um sistema processual publicista, em contraposição a um sistema processual privatístico.

Os tribunais brasileiros têm entendido sistematicamente, que a função de julgar consiste em valorar as diversas declarações que se prestam em juízo e, ao final, sopesando-as adequadamente, outorgar maior credibilidade a uma ou outra. A identidade física do juiz, portanto, ganharia feições de "garantia", pois evitaria valorações inadequadas decorrentes da existência de "intermediários" entre a prova oral e a sua valoração (DEMERCIAM, 1999, p. 59).

De acordo com a doutrina predominante na explicação do fenômeno processual, o processo se constitui em uma relação diversa daquela estabelecida no âmbito das relações de direito material. Tal distinção se dá pelo fato de que é uma relação triangular, formada por três sujeitos: autor, juiz com jurisdição e réu (COUTINHO, 2001, p. 9).

José Frederico Marques (1961, p. 395), referia que o processo penal, como manifestação de um "actum trium personarum" e, seria constituído de sujeitos parciais, ou *partes*, que atuariam ao lado de um sujeito imparcial, ou *juiz*, em todo o curso do procedimento. O *juiz*, figura central do processo, representaria e encarnaria o Estado na relação processual. O órgão jurisdicional seria, neste sentido, o sujeito mais importante da relação processual, na qual lhe incumbiria, precipuamente, a função essencialmente soberana, caracterizada pela decisão imparcial de conflitos jurídicos concretos (TOURINHO FILHO, 1990, p. 367).

O Estado Democrático de Direito preocupar-se-ia com a manutenção da igualdade e com a busca da manutenção da pacificação dos conflitos de interesses e da realização da justiça (DINAMARCO, 1987, p. 220) e, por isso, a preservação da ideia do juiz como

órgão neutro e imparcial, que, por não ter interesse direto no caso, tutelaria a igualdade das partes no processo, tornar-se-ia necessária para a caracterização das democracias ocidentais modernas.

No entanto, a delimitação das regras do jogo, segundo Coutinho (2001, p. 47), não bastaria para realizar essa imparcialidade. Seria preciso saber contra quem se está jogando e qual o conteúdo ético e axiológico do próprio jogo. Alcançar tal patamar só é possível quando os agentes em cena, no palco social, assumem sua face ideológica ou, ao menos, suas pré-compreensões. Por essa razão, não se exige que o legislador (e o juiz), seja complemente neutro, o que é impossível (DIAS, 1991, p. 14), mas que procure, à vista dos resultados práticos do Direito, assumir um compromisso efetivo com as reais aspirações das bases sociais que compõem a democracia (MARQUES NETO, 1990, p. 154).

No entanto, embora a Constituição de 1988 tenha estabelecido os pressupostos que configuram um verdadeiro Estado Democrático de Direito fundado na proteção de direitos fundamentais e da dignidade da pessoa humana; embora o artigo 5º daquela Carta contenha um amplo rol de prerrogativas cidadãs em matéria penal, que induzem a supor um processo penal de cunho acusatório e democrático, o fato é que ainda hoje o sistema processual penal brasileiro é marcado por profundos traços de inquisitoriedade, entendida essa não como uma mera falta de separação física entre o órgão que julga e o órgão que acusa, mas como uma falta de separação *funcional*, na medida em que o Código de Processo Penal do Brasil confere ao magistrado amplos poderes de gestão da prova criminal.

Originário da velha Roma imperial, o Sistema Processual Inquisitorial foi recuperado pela Igreja Católica, sendo considerado "o maior engenho jurídico que o mundo conheceu" (MIRANDA COUTINHO, 2001, p. 18). A máquina repressiva do sistema processual inquisitório, no seu início, caracterizou-se pela anulação do contraditório, ausência de ampla defesa e inversão da presunção de inocência. Pode-se dizer que o Sistema Processual Inquisitorial, regido pelo princípio *inquisitivo*, tinha como uma de suas características principais a extrema concentração de poder nas mãos do órgão julgador, que detinha a *gestão da prova*. Nesse sistema, o acusado era mero objeto de investigação e tido como detentor da verdade de um crime, da qual deveria dar contas ao julgador (MIRANDA COUTINHO, 2001, p. 28).

A noção de parte, nesse sistema, portanto, nunca se sustentou, tendo em vista que ao inquisidor caberia a função de acusar e julgar. A superioridade do juiz era nítida na estrutura do sistema, no sentido de que o desencadeamento e o impulso processual eram atribuições suas, transformando o acusado em mero objeto de verificação. Nesse momento histórico, a inexistência de partes separadas seria a principal característica do sistema em sua forma típica ideal. Coutinho (2001, p. 24) ensina que: "a característica fundamental do sistema inquisitório, em verdade, está na *gestão da prova*, confiada essencialmente ao magistrado, que, em geral, no modelo em análise, recolhe-a secretamente". A estrutura do processo inquisitorial foi habilmente construída a partir de um conjunto de instrumentos e conceitos, especialmente o da "verdade real ou absoluta". Na estrutura da tal

verdade real, a prisão cautelar se transformou em regra, de modo que a tortura era amplamente utilizada para obtenção da confissão, considerada "regina probatorum" (LOPES JUNIOR, 2005, p. 166).

Sem embargo de sua fonte (a Igreja Romana), o sistema "diabólico" em seu funcionamento, persistiu por mais de 700 anos (MIRANDA COUTINHO, 2001, p. 18). O sistema inquisitorial predominaria até finais do século XVIII, início do XIX, momento em que os novos postulados da valorização do homem e os movimentos filosóficos surgiram, removendo, paulatinamente, as notas características do modelo inquisitivo, pelo menos na dimensão discursiva do processo.

A postura do juiz diante das provas do processo seria, portanto, o ponto sensível da questão, na medida em que, no sistema acusatório, corresponde-lhe um juiz espectador, dedicado, sobretudo, à objetiva e imparcial valoração dos fatos; no sistema inquisitorial, por sua vez, um juiz-ator, representante do interesse punitivo, versado no procedimento e dotado de capacidade ilimitada de investigação (FERRAJOLI, 1997, p. 575).

Dispositivos que atribuem ao juiz poderes instrutórios, como acontece com o artigo 156 do Código de Processo Penal do Brasil, externam a adoção do princípio *inquisitivo*, fazendo fortes concessões ao sistema inquisitorial, representando uma quebra de igualdade, do contraditório, da própria estrutura dialética do processo. Como decorrência, a imparcialidade do julgador restaria comprometida (LOPES JUNIOR, 2005, p. 175).

Embora a maioria dos operadores do Direito defendam a vigência de um sistema processual penal misto, parece certo o entendimento de que o sistema processual penal brasileiro é preponderantemente inquisitório, porque regido pelo princípio inquisitivo, já que a gestão da prova está, primordialmente, nas mãos do magistrado da causa (MIRANDA COUTINHO, 2001, p. 29).

O princípio da identidade física do juiz passou a integrar expressamente a disciplina do Código de Processo Penal brasileiro, em seu artigo 399, § 2º, a partir da reforma de 2008, com redação determinada pela Lei 11.719/2008. A imediação (concentração) e a oralidade confeririam aos magistrados a liberdade de apreciação da prova através da livre convicção em referência ao visto e ouvido durante a instrução, permitindo-lhes extrair conclusões acerca da verdade e firmeza daquele que declara na oportunidade processual.

Ocorre, contudo (e esse é um dos pontos principais da hipótese aqui desenvolvida), que a imediação, em parceria com a oralidade, se constitui numa *técnica prévia de formação das provas*, antes de ser um *método de formação do convencimento do juiz*, apresentando-se na realidade concreta com elevado valor instrumental. Explica-se: está-se diante de dois procedimentos de naturezas muito diferentes. Uma coisa é a formação do convencimento do juiz pela análise da prova produzida nos autos pelas partes, atividade essa de natureza meramente *cognitiva*. Outra coisa é a *mani*pulação da prova pelo próprio magistrado, o que não é atividade de natureza cognitiva, mas *produtiva* e *instrumental*.

A confusão entre esses dois procedimentos, presente no processo penal brasileiro, apresenta o risco de distorções cognitivas (consistentes na formação de um convencimento prévio e na produção posterior de provas que demonstrem a hipótese) e

arbitrariedades judiciais. No sistema inquisitório, a atividade do juiz é invertida: prevenido para com o contraditório e se constituindo em *mani*pulador da prova, pode não resistir a, primeiro decidir e depois produzir a prova que confirma a sua hipótese sobre a forma histórica (e perdida no passado) da ocorrência do fato.

Nesse ponto, destaca-se aquilo que Cordero (1986, p. 51) chamou de "primato dell'ipotesi sui fatti", no sentido de que as hipóteses prevalecem sobre os fatos. Por isso que, partindo de uma premissa falsa, não poucas vezes assentada e um lugar comum, chega-se a uma conclusão também falsa, transmudada em verdade construída (MIRANDA COUTINHO, 2001, p. 25-26).

Não basta, portanto, crer na adesão espontânea do julgador aos termos idealizados da Constituição, no sentido de uma adesão subjetiva a um "desejo de imparcialidade". Ao contrário, seria fundamental que a Lei Processual Penal pudesse prever mecanismos que garantissem uma espécie de imparcialidade objetiva do julgador, independente, portanto, de sua fidelidade ao sistema. Restaria perguntar, portanto, se o princípio da identidade física do juiz, consagrado no § 2º, do artigo 399, do Código de Processo Penal brasileiro, realizaria o princípio dispositivo do sistema processual acusatório ou reforçaria o princípio inquisitivo, de um sistema processual inquisitorial.

A hipótese deste trabalho é a de que a identidade física do juiz reforça o poder de gestão da prova em processos preponderantemente inquisitoriais, como o brasileiro, ao permitir uma linha de continuidade onde o magistrado → participa ativamente da investigação, ainda na fase do Inquérito Policial → recebe a denúncia ofertada pela parte acusadora → podendo formar sua convicção previamente → instruindo o processo no sentido de valorizar as provas que interessam para a confirmação de sua hipótese inicial → proferindo sentença conforme aquele entendimento.

Não se está aqui a afirmar malícia por parte daqueles que possuem a importante função constitucional de julgar. Mas que o sistema, como está conformado, apresenta brechas, lacunas, que não apenas permitem, mas induzem os julgadores a esse tipo inconsciente de comportamento. Juízes não são deuses ou semideuses, mas apenas seres humanos dotados de seus próprios valores, compreensões e afetos. O papel de um sistema processual penal democrático é identificar as pontas soltas do sistema e, através de um trabalho de engenharia, readequá-las para a efetivação das finalidades constitucionais.

A efetiva separação das funções de instruir e de julgar passaria, nesta medida, por uma separação física e funcional entre o juiz que instrui o processo e o juiz (ou juízes) que seriam incumbidos de: a) avaliar o trabalho realizado pelo juiz instrutor (efetivando um juízo prévio de controle jurisdicional sobre os atos dos próprios colegas); b) julgar o caso conforme as provas constantes dos autos, sem a interferência de pré-compreensões ou provas subjetivamente direcionadas à confirmação de uma hipótese prévia.

Essa separação não é uma garantia plena de estabelecimento da imparcialidade dos magistrados. É apenas uma técnica de cisão processual em fases procedimentais diversas, com o fim de estabelecer critérios objetivos de imparcialidade no processo penal. Uma

forma de controlar, judicialmente, a própria atividade jurisdicional, obstaculizando a realização incontida de mecanismos que facilitam e promovem a prevalência de hipóteses mentais sobre fatos, que tendo ficado no passado, podem ter se tornado inacessíveis ao conhecimento humano, sendo passíveis apenas de interpretações que, a despeito de induzirem certezas processuais, estão longe de "provar" qualquer "verdade".

4. Enviesamentos cognitivos: a confusão entre as funções de instruir e julgar

O processo é ("rectius", deveria-ser) uma relação jurídico-processual composta por três partes funcionalmente distintas, a saber: juiz, representante da soberania estatal e as partes (acusador e réu). Como representante do Estado-jurisdição, o magistrado deve ter capacidade subjetiva e objetiva, a primeira relacionada com sua imparcialidade e, a segunda, com a competência para o processo (BARROS, 2008, p. 102). Sem querer atribuir hierarquia entre princípios, o fato é que, nesse contexto, a imparcialidade do magistrado se apresenta como um dos principais elementos de justiça numa decisão, na medida em que um juiz imparcial coloca em xeque toda a estrutura procedimental do processo penal, histórica e politicamente desenvolvida com a finalidade de garantir a observância das formas, previsibilidade dos ritos e controle das decisões. Daí que o debate sobre a imparcialidade e suas múltiplas dimensões seja central na teoria do processo.

O advento da ciência na modernidade e, posteriormente, do positivismo científico, levou a crer na possibilidade de o ser humano, enquanto *sujeito cognoscente*, anular-se completamente nas relações de conhecimento, extraindo das coisas uma verdade que nelas estaria ocultada. Esses pressupostos de separação (ou constituição do universo) entre sujeito cognoscente-objeto cognoscível começaram a ser colocados em dúvida pela filosofia já no século XIX, mas foi no século XX, com as viradas fenomenológicas e linguísticas que a artificialidade dessas separações ficou mais evidente. Superado o essencialismo filosófico, compreendeu-se que as coisas e os fatos não são portadores de verdades ônticas, mas produtos de atribuição de significados pela via da linguagem. Daí que as relações sujeito-objeto tenham dado lugar às relações sujeito-sujeito, compreendido que o sujeito cognoscente participa e influencia na relação que busca conhecer, sendo antes um dos seus atribuidores de sentido. Não à toa, Michel Foucault quebrara vários *pré*-conceitos quando evidenciou que o inquérito, essa invenção humana para descobrir a verdade, era antes um instrumento de construção de uma verdade, uma verdade oficial, de Estado:

> "O inquérito é precisamente uma forma política, uma forma de gestão, de exercício do poder que, por meio da instituição judiciária, veio a ser uma maneira, na cultura ocidental, de autenticar a verdade, de adquirir coisas que vão ser consideradas como verdadeiras e de as transmitir. O inquérito é uma forma de saber-poder." (FOUCAULT, 2003, p. 78).

A visão cientificista, do século XIX, não dá conta de explicar o papel do juiz, o que pode ser constatado a partir das imensas lacunas existentes entre o discurso jurídico da imparcialidade (altamente idealizado) e a realidade funcional do sistema. O Juiz, antes que um sujeito neutro ou imparcial, é um sujeito atribuidor de sentidos sobre os casos que conhece e julga, participando das relações entre as partes interessadas. Essa percepção potencializa a necessidade de que a ciência jurídica elabore mecanismos para garantir uma imparcialidade de ordem objetiva (independente da vontade dos atores envolvidos) no processo, superando o mito atual da imparcialidade como adesão subjetiva do magistrado aos valores discursivos do sistema.

O sistema processual brasileiro, preponderantemente inquisitório, induz fatores de enviesamento cognitivo dos julgadores e, portanto, de quebra inconsciente e sistêmica de suas posturas de imparcialidades. O denominado "princípio da oralidade" e o seu corolário logico, o princípio da identidade física do juiz, são fundamentados naquela confusão, acima apontada, entre *produção* da prova e *cognição* da prova pelo mesmo ator processual, o que vem se demonstrando altamente problemático nos casos concretos, o que ficou ainda mais evidenciado pelo episódio dos vazamentos de conversas entre atores do Judiciário Federal e do Ministério Público Federal, referidos na introdução do presente trabalho.

Embora o princípio da identidade física do juiz tenha sido interpretado como uma garantia processual para o réu, evitando valorações inadequadas da prova oral pela presença de intermediários, pode-se estar diante de mecanismo que realize risco de distorções cognitivas e, via de consequência, arbitrariedades judiciais.

Nesse sentido, e com base nas considerações de Eduardo José da Fonseca Costa, diante das ilusões cognitivas que acometem os julgadores, a construção de um novo modelo, que desvincule o juiz que instrui o feito daquele que prolata a sentença, um "modelo normativo algorítmico de reengenharia precaucional anti-enviesante" (COSTA, 2016, p. 141), torna-se urgente se se quer levar realmente a sério a imparcialidade no processo penal. Partindo da premissa de que todo e qualquer tomador de decisão é provido de uma racionalidade limitada, no sentido de que busca, através de atalhos simplificadores, tomar uma decisão a partir de informações complexas sob situação de incerteza (os *vieses cognitivos*), estudar a psicologia dos tomadores de decisão e as ilusões cognitivas que os acometem se mostra medida fundamental para a reengenharia do sistema rumo a um modelo objetivo, independente da vontade dos atores envolvidos.

O termo *modelo* é ambíguo e remete à sua relação com a realidade. No pensamento cientificista do século XIX, um modelo é uma forma de categorização, operada por um observador capaz de, através do conhecimento, decifrar diferenças e semelhanças, rupturas e continuidades na realidade, criando uma espécie de "enciclopédia" das coisas do mundo. Stephen Hawking (2011, p. 32), ao contrário, afirmava que é a realidade que depende de um modelo, na medida em que o modelo não é a tradução das coisas do universo como ele é, mas a criação de uma forma mental de interpretação das coisas

do universo que é capaz, por si mesma, de dispô-las de uma maneira própria, *criando* a própria realidade possível de ser conhecida.

Para Abbagnano (1998, p. 678), modelo é uma disposição caracterizada pela ordem dos elementos de que se compõe. O modelo procede não a uma formalização dos objetos que compõem o sistema real, mas a uma objetivação da relação entre eles, construindo uma estrutura que deve explicar todos os fatos observados e tão somente fatos pertinentes à sua específica problemática (COSTA, 2016, p. 30). Não sem razão, Paul de Bruyne, Jacques Herman e Marc de Schoutheete (1977, p. 189) dizem que "os fatos investigados não têm sentido como dados, ganham sentido na e pela estrutura do modelo".

Segundo Castorina, Giacobbe e Riccó (1973, p. 46), todo modelo teórico é uma simplificação e desempenha uma função de mediação ou interpretação alternativa, pois substituiu a complexidade. Não por outro motivo, todo modelo está condenado a ser parcial e aproximativo, vez que é estilizado e, assim, realisticamente incompleto (BUNGE, 1974, p. 30).

Segundo Costa (2016, p. 33), se o modelo se propuser a *descrever* o sistema, será ele um modelo positivo. Em contrapartida, se se propuser a *prescrever* alterações no sistema, será ele um modelo normativo. Todavia, é possível que o sistema modelado seja ele mesmo um conjunto de descrições e prescrições. Daí porque não se pode confundir a descritividade/prescritividade do modelo com a descritividade/prescritividade do sistema.

Assim, segundo Costa (2016), poderá haver (*i*) um modelo positivo sobre um sistema positivo, (*ii*) um modelo positivo sobre um sistema normativo, (*iii*) um modelo normativo sobre um sistema positivo e (*iv*) um modelo normativo sobre um sistema normativo. Para o presente trabalho, importa uma diferenciação mais cuidadosa entre os modelos *ii* e *iv*.

Segundo Costa (2016), quando o construtor do modelo se limitar à *descrição* do sistema normativo como ele é, ter-se-á um *modelo positivo* (modelo II), por meio do qual se pretende explanar e dominar o sistema. Assim, por ser jurídico-normativo, ter-se-á um modelo de *lege lata*, em que o jurista-cientista trabalhará o sistema como um *ponto de partida*.

Se o sistema jurídico for um ponto de partida indiscutível, inegável e predefinido, bem como operacionalmente fechado a outros sistemas, que foque em respostas, ter-se-á um *modelo dogmático* (analítico, hermenêutico e pragmático). Em contrapartida, se o sistema jurídico for um ponto de partida problematizável e operacionalmente aberto, que foque em perguntas, ter-se-á um *modelo zetético*.

Por outro lado (modelo IV), quando o construtor se limita a *prescrever* alterações no sistema, indicando como ele deveria ser, ter-se-á o *modelo normativo*, por meio do qual se quer aperfeiçoar o sistema. Assim, se o sistema modelado for jurídico-normativo, ter-se-á um modelo *de lege ferenda* (religioso, econômico, político), em que o tecnólogo social trabalhará como um ponto de chagada (NEVES, 1993, p. 54).

Na prática da teorização jurídica, todos esses modelos se interpenetram em uma espécie de arquitetônica, sendo a *psicologia comportamental cognitiva* um modelo que apresenta aporte metodológico adequado à detecção dos fatores de enviesamento do psiquismo do juiz. Grosso modo, a psicologia é o estudo científico do comportamento e dos processos mentais, abrangendo não apenas o que as pessoas fazem, mas, também, suas atividades biológicas, seus sentimentos, suas percepções, sua memória, seu raciocínio e seus pensamentos. A psicologia cognitiva é o ramo da psicologia experimental que estuda os processos mentais superiores, incluindo memória, raciocínio, aprendizagem, resolução de problemas, julgamento, tomada de decisão e linguagem (FELDMAN, 2015, p. 18-19).

A psicologia cognitiva, identifica no comportamento humano *algoritmos* (estratégias que garantem soluções de problemas, oferecendo resultados corretos) e *heurísticas* (procedimentos de simplificação ou aproximação mental). Na atividade mental, essas esferas não estão separadas, atuando antes como instâncias complementares do raciocínio humano. Segundo Kohan (2008, p. 69), as heurísticas nada mais são do que juízos intuitivos, não fundamentados, baseados em conhecimentos parciais, experiências ou suposições, que podem ser corretos ou não, ausente qualquer segurança lógica absoluta. Produzem atalhos cognitivos a partir das quais as pessoas realizam julgamentos simplificados sem que tenham de tomar em consideração todas as informações relevantes e contando apenas com um conjunto limitado de indícios e suposições.

Embora o Direito seja todo estruturado sobre uma forma algorítmica (busca pela previsibilidade do resultado), as heurísticas é que explicam as tomadas de decisões quando o pensamento humano se depara com situações que não podem ser matematicamente determinadas, demonstrando que toda decisão humana depende de uma elevada dose de aproximação/simplificação), demonstrando existirem *gaps* nos quais interferem variáveis subjetivas externas ao algoritmo fixado nos procedimento legais.

Como bem pontuado por Jeffrey Rachlinski e Cynthia Farina (2009, p. 259), a premissa maior da psicologia cognitiva é o entendimento de que o cérebro funciona como um limitado processador de informações e que as decisões são tomadas de forma aproximativa, não necessariamente correta. Assim, segundo Costa (2016, p. 45), a complexidade processada pela mente aumenta ao se tomar uma decisão, diante de uma dúvida, um conflito ou uma incerteza. Se o sujeito dispõe de alguma informação inicial e, a partir dela, consegue avaliar apenas probabilidades (culpa ou inocência de um acusado; resultado de uma eleição; valorização ou depreciação futura do câmbio, escola mais adequada para seus filhos), precisa tomar decisões que, na essência, são escolhas individuais tomadas sobre premissas aleatórias e variáveis.

A partir da famosa ilusão de Muller-Lyer, os psicólogos Daniel Kahneman e Amos Tversky (2008, p. 3-20), desafiaram os modelos racionais dominantes e relacionaram e sistematizaram regras heurísticas, definindo-as como regras cognitivas que todo ser humano aplica inconscientemente ao processar informações, o que lhe permite reduzir as tarefas complexas de atribuir probabilidade e predizer valores e operações para juízo

mais simples. Segundo os pesquisadores, não se trata de desvirtuamentos do pensamento provocado por afetos, mas sim, apostas de pessoas normais.

Daniel Kahneman e Shane Frederick (2005, p. 267-293) também descreveram a vida mental com a metáfora de dois agentes autônomos, conhecidos como Sistema 1 e Sistema 2. O Sistema 1 é intuitivo, automático, sem esforço, associativo, rápido, paralelo e nenhuma percepção de controle voluntário, isto é, uma máquina de tirar conclusões precipitadas. O Sistema 2, por outro lado, é deliberativo, cauteloso, controlado, lento, oneroso, que aloca atenção às atividades mentais. O Sistema 1 alimenta continuamente o Sistema 2: impressões, intuições, intenções e sentimentos. Quando o Sistema 1 funciona com dificuldade, ele recorre ao Sistema 2 para fornecer um processamento mais detalhado e específico, que, talvez, solucione o problema de forma momentânea. O Sistema 2, por seu turno, é encarregado do autocontrole, no sentido de que objetiva dominar os impulsos e erros do Sistema 1.

Fundados nessa metáfora, Guthrie, Rachlinski e Wistrich (2007, p. 2) propuseram um modelo de decisão judicial chamado "formalismo realista" ou "modelo supraintuitivo". Segundo seus autores, não se trata de abraçar o formalismo (segundo o qual o sistema de justiça é uma grande máquina de silogismos e o juiz um mecânico altamente qualificado) nem o realismo (segundo o qual o juiz segue um processo intuitivo para chegar a conclusões que só ulteriormente serão racionalizadas mediante raciocínio deliberativo): trata-se de um funcionamento combinado. O modelo é "realista" na medida em que reconhece a importância do *pres*sentimento judicial e, "formalista", na medida em que reconhece a importância do cálculo como forma de restringir a inevitável influência da mera intuição.

Nesse sentido, compete ao processo calculista, ligado ao Sistema 2, que exige esforço, motivação e concentração, a missão de verificar os acertos e desacertos do processo intuitivo, ligado ao Sistema 1, que é automático, rápido e sem esforço. Mas é nas lacunas não explicáveis pelo Sistema 2 que o Sistema 1 realiza o trabalho de complementação que inevitavelmente acontece em qualquer processo de decisão. O modelo proposto, portanto, não vê o juiz como o decisor puramente dedutivo dos formalistas, nem como o decisor puramente intuitivo dos realistas, mas como uma pessoa comum que, nos processos decisórios, combine pensamentos complexos e calculistas com senso comum e intuição.

Do ponto de vista da teoria da democracia, a questão seria *programar* o sistema judicial para funcionar da maneira mais *algorítmica* possível, diminuindo os espaços *heurísticos*, embora eles não possam ser eliminados e sejam até mesmo desejáveis em certa medida. A preponderância de processos intuitivos sobre processos deliberativos entre juízes deriva do *design* objetivo do sistema, resultando em favorecimento das faculdades intuitivas sobre as deliberativas, o que não significa afirmar que todos os juízes julguem necessariamente de maneira intuitiva, mas que não estão imunes a isso.

Segundo Williamson (1983, p. 23), a maximização de utilidade e resultados, dado o excessivo número de comparações e informações recebidas e consideradas, é uma tarefa praticamente impossível ao decisor. Essa racionalidade ideal, é muito pouco realista,

afinal, exigiria do humano uma capacidade *computacional* ilimitada, a fim de que fossem cruzadas as alternativas de ação e as consequências possíveis (SIMON, 1955, p. 99). Assim, sabe-se que, em relação à tomada de decisão, "todas" as opções possíveis não são calculadas e refletidas na intenção de maximizar os ganhos e minimizar as perdas. Ao contrário. Há reflexões em um número limitado de opções necessárias à tomada da decisão que se acredita correta.

Mesmo o senso comum sabe que juízes ou jurados se levam por erros de representatividade na valoração das declarações das partes ou das suas testemunhas. Os estudos empíricos sugerem que, quando solicitadas a fazer um julgamento, as pessoas frequentemente raciocinam a partir de um caso representativo ou típico, tratando esse caso como se ele fosse inteiramente descritivo da gama total de casos possíveis. Quando os sujeitos tecem juízos categóricos (p. ex., ponderar a probabilidade de que o acusado seja culpado), concluem que a evidência concreta analisada (p. ex., comportamento do réu durante a audiência) representa a categoria (p. ex., culpabilidade ou inocência do réu). Se a amostra parece representativa ou similar à categoria (p. ex., o réu se mostra nervoso durante o interrogatório), o magistrado tende a julgar a probabilidade da categoria – a prova da culpabilidade – na mesma medida. Em contrapartida, quando a amostra não se parece com a categoria (p. ex., quando o réu se mostra calmo diante do juiz), pode produzir-se o fenômeno inverso, ou seja, o julgador pode ver nisso uma prova de inocência (GUTHRIE; RACHLINKI; WISTRICH, 2001, p. 787-788).

A imparcialidade judicial é o núcleo duro do devido processo legal e a nota característica essencial da própria noção de jurisdição, não se podendo tolerar que riscos potenciais de quebras inconscientes de imparcialidade sejam institucionalmente maximizados (GOMES, 2008, p. 539). Diante de um processo penal altamente midiatizado, as quebras (in)conscientes de imparcialidade podem ser potencializadas. Os poderes instrutórios conferidos ao julgador podem repercutir diretamente nas decisões, de modo a que o sistema demanda reengenharias que lhe confiram maiores garantias de imparcialidade objetiva.

Isso se deve, especialmente, pelo fato de que juízes instrutores se veem afetados pela heurística da representatividade, no sentido de que, ao participarem diretamente da instrução probatória, podem produzir hipóteses mentais (que em tudo lembram processos paranoicos) que conduziriam, mesmo inconscientemente, à indução da prova conforme as hipóteses inicialmente fixadas. O lugar comum da hipótese mental pode levar a uma conclusão falsa, transmudada em verdade construída (COUTINHO, 2001, p. 25-26), o que adquire ares dramáticos quando se trata de uma decisão judicial que, marcada pela soberania estatal, adquire força de coisa julgada, valendo como verdade oficializada de Estado e promovendo diminuições em bens e direitos concretos de pessoas reais.

A adoção de um sistema processual de modelo acusatório, fundado numa separação mais clara dos papéis dos atores envolvidos, onde o sujeito que possui a legitimidade para acusar possuísse o monopólio da produção das provas de acusação; onde o sujeito que se defende ou é defendido possuísse a atribuição de produção das provas de defesa; e o

sujeito que tem a responsabilidade de julgar fosse isolado de qualquer produção instrumental da prova, cabendo-lhe "apenas" a tarefa cognitiva e decisória, já teria o efeito de aperfeiçoar o sistema no sentido de uma maior imparcialidade objetiva dos magistrados.

No entanto, dada a realidade brasileira e as pesquisas que serão apontadas na sequência, entende-se a necessidade de criação de modelos de maior separação também das tarefas intraprocessuais atribuídas aos magistrados, o que poderia ser alcançado por intermédio de uma decisão política e de uma reengenharia do procedimento com vistas à garantia de uma maior separação entre a atividade de *produzir* e *conhecer* provas.

5. Sistemas processuais e modelos objetivos de imparcialidade decisória

Os sistemas processuais possuem características próprias, variando conforme as exigências do poder punitivo de cada época. A *verdade real* foi e continua sendo a fundamentação mais utilizada para legitimar o uso de métodos inquisitoriais de obtenção de provas, intimamente ligada ao "interesse público" e aos sistemas autoritários, que buscam a verdade a qualquer custo. A identidade física do juiz, consagrada no § 2º, do artigo 399 do Código de Processo Penal brasileiro, apresenta-se como um instrumento adequado à escolha do caminho da "verdade", no sentido de que, ao vincular o magistrado que instruiu o feito à prolação da sentença, possibilita que o mesmo, a partir de um quadro hipotético paranoico, conduza a fase instrutória conforme suas intuições.

Conquanto se atribuam feições garantistas ao princípio da identidade física do juiz, ele pode representar quebras inconscientes de imparcialidade potencializadas por largos e poderes instrutórios conferidos aos magistrados. No plano do direito processual, segundo Guthrie, Rachlinski e Winstrich (2009, p. 4), as ilusões cognitivas podem macular decisões mesmo de juízes experientes, bem treinados e altamente motivados. Julgadores estão sujeitos a ilusões cognitivas e, por conta disso, o processo deve se cercar de cuidados institucionalizados, que propiciem a mitigação, a neutralização ou a eliminação dessas ilusões, garantindo uma margem segura de atuação imparcial.

A análise comportamental dos operadores do Direito, segundo Costa (2016, p. 89), não se limita a descrever a interferência de propensões cognitivas na tomada de decisões juridicamente significativas (modelo positivo de cariz zetético-científico). Ao contrário: propõe técnicas de redução da magnitude desses vieses (modelo normativo de cariz político-jurídico). Há, assim, diversas maneiras de abordar os efeitos desses enviesamentos, sendo uma delas a possibilidade de operar diretamente sobre as suas "pontas soltas" e tentar reduzi-las ou limitá-las, mediante redução do grau de enviesamento do comportamento do autor, ou isolamento dos resultados jurídicos do comportamento mediante a criação de regras jurídicas ou instituições capazes de evitar que esses resultados sejam reféns desses condicionamentos.

Através da primeira alternativa, a lei é usada para reduzir o grau de enviesamento do comportamento do autor (COSTA, 2016, p. 89), fazendo com que o processo *calculista*

do Sistema 2 prepondere sobre o processo *intuitivo* do Sistema 1. Em relação à segunda alternativa, não há como fazer com que o processo calculista do Sistema 2 prepondere sobre o processo intuitivo do Sistema 1, razão pela qual é preferível isolar o agente enviesado ou substituí-lo por outro não enviesado, como ocorre, por exemplo, no afastamento do juiz que concedeu tutela sumária mediante juízo de probabilidade do direito requerido pelo autor (COSTA, 2016, p. 90).

Quanto aos métodos que objetivam a redução dos efeitos dos enviesamentos, as estratégias podem ser divididas em *dentro da le*i e *fora da lei* (COSTA, 2016, p. 92). Dentro da lei, o sistema jurídico de direito positivo pode interferir com sucesso na neutralização ou eliminação do viés cognitivo (normas processuais que atingem a capacidade de participação do julgador no processo). Por outro lado (fora da lei), não há como a lei interferir adequadamente para neutralizar ou eliminar o viés cognitivo (tudo depende de mudanças na cultura pessoal e na postura profissional do agente). A primeira hipótese é a que foi chamada nesse trabalho de sistema de imparcialidade *objetiva* e que pode ser implementada mediante decisão política de reengenharia institucional. A segunda, sistema de imparcialidade *subjetiva* e que fica na dependência de uma adesão pessoal do ator jurídico aos valores do sistema, o que possui elevado grau de idealização.

A evidência de que o juiz instrutor pode ser afetado pela heurística de representatividade, tem levado vários países a adotar medidas antecipatórias e precaucionais, separando funções instrutórias e decisórias, de maneira que o juiz que instruiu uma causa não possa nela sentenciar.

Segundo Costa (2016, p. 103), na Espanha, por exemplo, essa preocupação chega a permear o chamado direito administrativo sancionador, de modo que o artigo 134.2 da Lei 30/1992, estabelece que o Regime Jurídico da Administração Pública deva estabelecer a separação entre as funções de instruir e sancionar, encaminhando-as a Órgãos distintos. No mesmo aspecto, porém em relação ao Poder Judiciário, Costa assevera que a Lei orgânica 6/1985, de 1 de julho, no 11º apartado do seu artigo 219, dispõe que são causas de abstenção (leia-se *impedimento*), a participação em instrução de processo criminal ou o julgamento de processo ou causa na instância anterior.

No mesmo aspecto, objetivando a erradicação dos enviesamentos, uma das soluções propostas por Guthrie, Rachlinski e Wistrich (2009, p. 51) é a especialização funcional dos juízes, no sentido de que alguns juízes devem ser destinados ao gerenciamento do caso (a instrução processual propriamente dita) e, outros, à avaliação da prova produzida pelos juízes de instrução e o seu julgamento definitivo. Proposta similar é a do "procedimento judicial funcionalmente escalonado", de Glauco Gumerato Ramos (2010, p. 65), que propugna "um juiz para a *urgência*, um para a *instrução* e um para a *sentença*, que deve atuar na respectiva etapa de competência".

Com inspiração nessa proposta, elabora-se um quadro comparativo de possíveis modelos de escalonamento procedimental, considerando a continuidade ou descontinuidade de atuação do magistrado na fase de investigação e na fase do processo em contraditório, com a finalidade de estabelecer separações *objetivas* entre as fases de *produção*

instrumental da prova e *cognição* da prova para formação de um convencimento balizador de uma sentença:

<table>
<tr><th colspan="3">Modelos de Escalonamento Procedimental no Processo Penal</th></tr>
<tr><td rowspan="2">Modelos de continuidade entre Inquérito e Processo</td><td rowspan="2">Não há impedimento para o juiz que acompanha/fiscaliza a investigação policial atuar na ação penal, que permanece competente até o advento da sentença.</td><td>Modelo de Fase Única: o juiz acompanha a investigação e não há impedimento para conhecer e julgar o processo. Ex.: Procedimento ordinário brasileiro.</td></tr>
<tr><td>Modelo de Fases Bipartidas: o juiz acompanha a investigação e não há impedimento para conhecer a primeira fase do processo, devendo ser redistribuído, numa segunda fase, para um juiz de julgamento. Ex.: Procedimento do Tribunal do Júri brasileiro.</td></tr>
<tr><td rowspan="2">Modelos de descontinuidade entre Inquérito e Processo</td><td rowspan="2">Neste modelo, há impedimento para o magistrado que acompanha/ fiscaliza a investigação policial atuar na ação penal.</td><td>Modelo de Fase Única: o inquérito vai ao Ministério Público e ofertada denúncia, a ação é distribuída para um juiz que nunca conheceu a causa e que fica competente para instruí-la e julgá-la.</td></tr>
<tr><td>Modelo de Fases Bipartidas: o inquérito vai ao Ministério Público e ofertada denúncia, a ação é distribuída para um juiz que nunca conheceu a causa e que fica competente para instruí-la. Numa segunda etapa, o procedimento será enviado a um juiz ou junta de julgamento.</td></tr>
</table>

O tipo a que acima designou-se por "Modelo processual de fases bipartidas em descontinuidade com o inquérito policial" é o que, no entendimento desse artigo, melhor realiza o que aqui se convencionou chamar de "imparcialidade objetiva do julgador" (separação material e pessoal entre as fases da *produção* e a da *cognição* probatórias), já que

a imparcialidade subjetiva, como *adesão pessoal aos valores do sistema*, embora possa ter elevado valor simbólico e discursivo, por seu caráter metafísico, não pode ser esperada, de forma idealizada, pelo Ordenamento Jurídico.

Chama a atenção que o Anteprojeto do Novo Código de Processo Penal, da Comissão de Juristas responsável pela elaboração de anteprojeto de reforma do Código de Processo Penal, presidida por Hamilton Carvalhido e relatada por Eugênio Pacelli de Oliveira, atualmente em trâmite no Congresso Nacional brasileiro, já estabelece um modelo de descontinuidade na participação do juiz no inquérito e na ação penal. Nele, fica criada a figura do *juiz de garantias*[1], responsável pela fiscalização do respeito à legalidade e aos direitos fundamentais na fase investigativa (gerida pelo Ministério Público com a participação técnica da polícia judiciária), devendo o processo, uma vez iniciado pelo titular da ação penal, ser redistribuído para um magistrado de instrução e julgamento.

Semelhante ao modelo proposto por Ramos, acima citado, que propugna "um juiz para a *urgência*, um para a *instrução* e um para a *sentença*", defendemos a adoção de um modelo onde conviveriam: a) um *juiz de garantias* (terminologia do Anteprojeto); b) um *juiz para a instrução processual*; c) um *juiz* ou *junta de julgamento*. Esse modelo fragmentário poderia receber a pecha de excessivamente burocrático. Mas não há evidências empíricas de que a redistribuição do procedimento entre juízes diferentes tenha o efeito de gerar lentidão processual. Ao contrário, a especialização funcional dos magistrados em funções processuais específicas poderia estabelecer um modelo *fordista* de divisão de tarefas, capaz de acelerar a tramitação processual hoje realizada por completo por cada magistrado competente, que acaba atuando em todas as fases procedimentais, de maneira lenta.

Além da heurística da representatividade, outro processo mental que poderia ser minimizado é a *heurística de ancoragem e ajustamento*, que se baseia na realização de meras *estimativas* por parte do sujeito que julga, a partir de um valor inicial que, progressivamente, vai sendo ajustado à medida que se obtém informações adicionais (COSTA, 2016, p. 107-108). Aparece, principalmente, em julgamentos realizados sob incerteza, onde o julgador pode tender a ajustar a sua decisão com base em algum valor inicialmente conhecido, que servirá como âncora sobre a qual se realiza um processo mental de ajustamento dos fatos e das provas ao valor inicial. Um típico caso de condicionamento em tudo semelhante à "prevalência da hipótese sobre o fato" a que se referia Cordero, anteriormente citado.

A *ancoragem* tem se mostrado um efeito psicológico forte, robusto e persistente em vários domínios do julgamento e da tomada de decisões. No âmbito da justiça criminal,

1. Em data posterior à submissão deste artigo à RBCCrim, adveio a Lei 13.964, de 24 de dezembro de 2019 (Pacote Anticrime), inserindo no CPP o art. 3º-B, que criou a figura do Juiz das Garantias no processo penal brasileiro. Na data de revisão deste texto (09.09.2020), a instituição aqui propugnada se encontra suspensa pelo STF, em virtude de medida cautelar concedida pelo Min. Relator Luiz Fux, nos autos de Ação Direta de Inconstitucionalidade 6.298/DF, proposta pela Associação dos Magistrados Brasileiros e outros.

a ancoragem parece ser a heurística de maior impacto, afetando, segundo Costa (2016, p. 110), 60% das resoluções judiciais. Assevera o autor, com base em estudos realizados por Francisca Fariña, Ramón Arce e Mercedes Novo (na análise de 555 sentenças penais), que no tocante à ancoragem em relação à fixação da pena, tomando como referência a prévia qualificação realizada pelo Ministério Público, chega-se à conclusão de que ao menos 63,6% das sentenças estavam condicionadas por um efeito de ancoragem em relação aos termos da denúncia.

Na Alemanha, uma pesquisa realizada revelou que a âncora que mais influenciou sentenças penais condenatórias dentro de um certo período estudado não havia sido lançada pelo órgão de acusação, mas pelos jornalistas que cobriram os casos, afetando tanto os juízes especialistas em Direito Penal quanto os não especialistas (ENGLICH; MUSSWEILER; STRACK, 2006, p. 188-200).

Outra pesquisa, também realizada na Alemanha, demonstrou um fato curioso: nos julgamentos criminais, a ordem de apresentação das alegações finais pode ser crucial para determinar a sua influência efetiva na pena fixada, exercendo papel de ancoragem. Foram simulados julgamentos idênticos, cuja única diferença consistia na alteração da ordem das alegações das partes, embora seus pedidos de solução para a causa fossem os mesmos. Restou demonstrado que as alegações finais apresentadas em primeiro lugar exercem mais influência na pena final: a pena foi proporcionalmente menor quando as alegações de defesa foram apresentadas antes da acusação, levando o autor do estudo a questionar a ordem clássica de apresentação das teses de defesa somente após as da acusação (ENGLICH, 2006, p. 508).

Outro processo mental de enviesamento que precisa ser minimizado/neutralizado é a *heurística de confirmação*, que se caracteriza pela tendência de um sujeito filtrar as informações que recebeu, de maneira que, inconscientemente, busque supervalorizar as provas e os argumentos que confirmam sua própria posição inicial (COSTA, 2016, p. 114-115). Julgadores podem ser tendenciosos em favor de provas que confirmem suas hipóteses anteriores e podem prescindir de provas que não correspondam às suas suposições anteriores. Essa é a razão pela qual o juiz prolator de uma sentença recorrida não deva reapreciar a mesma causa. Sobre o tema, a Segunda Sala do Tribunal Supremo Espanhol tem entendido que, ao se decretar nulidades processuais com devolução dos autos aos tribunais *a quo* para que repitam produções probatórias, os autos sejam reinstruídos e reexaminados por magistrados que não tenham intervindo no procedimento anulado (COSTA, 2016, p. 116-117).

Diante dessas pesquisas, parece certo afirmar que todo tomador de decisão é provido de uma racionalidade limitada, buscando, através de atalhos simplificadores, tomar decisões a partir de informações complexas, em situações de incerteza (vieses cognitivos). Assim, mais importante que esperar, em casos concretos, que juízes se mantenham subjetivamente fiéis ao sistema de imparcialidade subjetiva prevista no ordenamento jurídico, é redefinir o procedimento de tal modo a criar barreiras objetivas, separando os

momentos distintos da *produção da prova* e o do *conhecimento* da prova, o que teria efeitos de minimização das consequências de diversos dos vieses heurísticos aqui expostos.

Todos esses fatos psíquicos e pesquisas estão a demonstrar que a opinião corrente dos operadores jurídicos e dos teóricos do Direito Processual, a respeito de uma necessária e oportuna continuidade de atividades entre o juiz que instrui o processo (*produz* a prova) e aquele que prolata a sentença (*conhece* a prova) e que em nossa tradição jurídica convencionamos chamar de "Princípio da Identidade Física do Juiz" possa estar fundada não em fatos científicos, mas em pré-compreensões que, no fundo, não passariam daquilo que Luis Alberto Warat chamava de "senso comum teórico dos juristas", opiniões, ideologias e adesões oportunistas a certos pressupostos que não encontram qualquer respaldo em comprovações empíricas (2002, p. 57). Nesse passo, objetivando a minimização das ilusões e dos enviesamentos cognitivos, a adoção de medidas que desvinculem o juiz que instruiu o feito daquele que o sentencia, mostra-se um caminho que merece ser ao menos considerado pela comunidade científica do Direito Processual Penal.

Considerações finais

O presente artigo se propôs examinar o chamado "princípio da identidade física do juiz", consagrado no § 2º, do artigo 399, do Código de Processo Penal, a fim de verificar se o mesmo teria compatibilidade com o princípio *dispositivo,* do sistema processual acusatório, ou se reforçaria o chamado princípio *inquisitivo,* próprio do sistema processual inquisitório, tendo em vista inúmeros fatores relacionados aos enviesamentos cognitivos possíveis numa decisão que poderiam levar ou a quebra da imparcialidade do magistrado ou a julgamentos cognitivamente viciados em relação aos fatos.

O "alerta de incêndio" foi disparado quando a filial brasileira do grupo jornalístico *The Intercept* publicou amplo material jornalístico que demonstrava, basicamente, "combinações" realizadas entre membros do Ministério Público Federal e o então Juiz Federal da 13ª Vara Federal de Curitiba, acerca de processos promovidos pelos Procuradores da Operação Lava Jato, caracterizando quebras de imparcialidade que poderiam ser evitadas através da adoção de critérios *objetivos* (e não meramente *subjetivos*) de imparcialidade pelo ordenamento jurídico.

No capítulo 2, verificou-se que embora já houvesse previsão legal no âmbito do Código de Processo Civil, o princípio da identidade física do juiz foi introduzido sistemicamente no Código de Processo Penal a partir da Lei 11.719/2008, que alterou os procedimentos comum ordinário e sumário, que passaram a se desenvolver em audiência una, de instrução, debates e julgamento.

Verificou-se, ainda, que os tribunais e pensadores do Direito Processual Penal brasileiro se inclinam a um entendimento de que a função de julgar consistiria em valorar as diversas provas que se produzem em juízo, sopesando-as adequadamente no final do procedimento, conferindo à "identidade física do juiz" uma pretensa feição de "garantia"

para o acusado. Partem do pressuposto de que a identidade física entre o juiz que produz a prova e o juiz que decide a causa seria imprescindível para o perfeito conhecimento das provas processuais. Desconhecem a diferença fundamental existente entre produção instrumental da prova e sua cognição, desconhecendo ainda os enviesamentos cognitivos que, inconscientemente, levam decisores a produzir provas para confirmar suas pré-compreensões e seus prejulgamentos.

No capítulo 3, mediante estudo dos sistemas, verificou-se que o sistema processual penal inquisitório, regido pelo princípio inquisitivo, caracteriza-se por uma extrema concentração de poderes instrutórios nas mãos do órgão julgador (leia-se, nas mãos daquele que tem a função de conhecer a prova e decidir o caso com base nela). No sistema acusatório, por seu turno, prima-se para que cada parte do "actum trium personarum" permaneça no seu lugar e realize os seus papéis, com perfeita distinção entre as funções de acusar e julgar: o órgão encarregado da acusação pública instrui o processo (ou seja, produz as provas de acusação) e o juiz, sem qualquer participação na produção probatória, conhece a prova produzida e julga a causa. Verifica-se, no Brasil, uma excessiva concentração de poderes instrutórios nas funções dos magistrados, fazendo com que o sistema processual penal brasileiro seja caracterizado como preponderantemente inquisitório, ou seja, um sistema que ainda confunde produção de provas com sua cognição e julgamento da causa.

No capítulo 4 apontou-se que pesquisas citadas no texto comprovaram que o pensamento humano é dado a ilusões de certeza geradas principalmente por aquilo que a ciência psicológica denominou de *vieses cognitivos*. O pensamento humano age em boa medida fundado em heurísticas (de representatividade, de ancoragem e ajustamento e de confirmação) que funcionam como formas aproximativas diante de situações onde não se pode encontrar um cálculo (algoritmo) exato. Daí que a confusão entre as atividades daqueles que deveriam produzir provas (partes), daqueles que deveriam fiscalizar a produção probatória (juízes de instrução), daqueles que deveriam julgar o caso (juízes ou juntas de julgamento) pode levar a um efeito de quebra de imparcialidades oportunizada pela própria conformação do procedimento.

No capítulo 5, apresentaram-se propostas de reengenharia do procedimento penal com a finalidade de minimizar os impactos de pré-compreensões e interesses que afetam a imparcialidade dos julgamentos. Verificou-se que alguns ordenamentos jurídicos têm apostado, além da outorga às partes do monopólio da produção probatória, na especialização funcional dos juízes que intervém no processo e na adoção de medidas antecipatórias e precaucionais, que visam separar as funções instrutória e decisória, criando figuras como o de juízes de *urgências* (na terminologia do Anteprojeto de Código de Processo Penal brasileiro, um juiz de *garantias*), juízes de instrução ou fiscalização da produção probatória pelas partes e juízes ou juntas de sentença. Diante disso e conscientes de que a imparcialidade "pura" pode ser algo ilusório e de impossível efetivação prática, concluiu-se que:

a) o modelo de imparcialidade existente no ordenamento jurídico brasileiro é um modelo idealista, de natureza *subjetiva*, ou seja, baseado na esperança da *adesão psíquica dos magistrados aos valores do sistema*, o que demandaria uma atuação decisória exclusivamente algorítmica e jamais heurística, o que é impossível para o raciocínio humano;

b) há necessidade de uma reengenharia do sistema, de modo a estabelecer um modelo de imparcialidade de ordem objetiva, consistente basicamente na melhor definição dos papéis de cada parte dentro do processo, outorgando às partes o monopólio da produção probatória e separando a função de acompanhamento da instrução processual da função de julgamento, mediante definição mais clara das fases processuais;

c) dada a realidade brasileira, o modelo a ser considerado estaria fundado sobre as seguintes premissas: c1) clara definição dos papéis das partes processuais, outorgando aos órgãos de acusação e defesa o monopólio da *produção* probatória; c2) fiscalização da investigação por um juiz de urgências ou garantias, com a finalidade de se evitar arbitrariedades e excesso por parte dos órgãos de investigação, além da avaliação de medidas cautelares por eles solicitadas; c3) *descontinuidade* entre investigação e processo, de modo que o inquérito seja considerado peça interna aos órgãos de acusação, para formação do seu convencimento; o juiz das garantias fica proibido de exercer jurisdição processual sobre casos originados de inquéritos por ele acompanhados; c4) *instrução probatória* dirigida por um juiz de instrução processual, fase onde as partes (re)constroem, em contraditório e ampla defesa, as evidências que, na investigação, são colhidas de maneira unilateral; c5) *cognição* e *julgamento* por um juiz (ou junta) diverso do que instruiu o processo e que tem maiores condições de exercer controle sobre a legalidade e imparcialidade das fases anteriores.

Referências

ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de filosofia*. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

ANDRADE, Mauro Fonseca. *Sistemas processuais penais e seus princípios reitores*. Porto Alegre: Juruá, 2008.

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *A garantia do juiz natural no processo penal:* delimitação do conteúdo e análise em face das regras constitucionais e legais de determinação e modificação de competência no direito processual penal brasileiro. 2010. Tese (Livre-Docente) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010.

BARBI, Celso Agrícola. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999. v. 1.

BARROS, Ivone da Silva. *A identidade física do juiz no processo penal brasileiro*. 2008. 183 f. Dissertação (Mestrado em Direito das Relação Sociais) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2008.

BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia:* uma defesa das regras do jogo. 4. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1992.

BRASIL. Decreto-Lei 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*. Rio de Janeiro, RJ, 3 out. 1941. Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm]. Acesso em: 21.03.2019.

BRASIL. Decreto-Lei 1.608, de 18 de setembro de 1939. Código de Processo Civil. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*. Rio de Janeiro, RJ, 18 set. 1939. Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/1937-1946/Del1608.htm]. Acesso em: 21.03.2019.

BRASIL. Lei 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Instituiu o Código de Processo Civil. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*. Brasília, DF, 11 jan. 1973. Disponível em [www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869impressao.htm]. Acesso em: 21.03.2019.

BRASIL. Lei nº11.719, de 20 de junho de 2008. Alterou os dispositivos do Decreto-Lei n 3.689. de 3 de outubro de 1941. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF, 20 jun. 2008. Disponível em [www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2008/Lei/L11719.htm]. Acesso em: 21.03.2019.

BRUYNE, Paul de; HERMAN, Jacques; SCHOUTHEETE, Marc de. *Dinâmica da pesquisa em ciências sociais:* os polos da prática metodológica. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1977.

BUNGE, Mario. *Teoria e realidade*. São Paulo: Editora Perspectiva, 1974.

CALHEIROS, Maria Clara. A construção retórica do processo penal. In: MONTE, Mário Ferreira (Dir.) *Que futuro para o direito processual penal?* Simpósio em homenagem a Jorge de Figueiredo Dias, por ocasião dos 20 anos do Código de Processo Penal Português. Coimbra: Coimbra, 2009.

CASTORINA, José A.; GIACOBBE, Jorge; RICCÓ, Graciela. *Explicación y modelo em psicología*. Buenos Aires: Ediciones Nueva Visión, 1973.

CASTRO, Matheus Felipe de. O martelo Moro: a "Operação Lava Jato" e o surgimento dos juízes partisans no Brasil. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 136, ano 25, out. 2017.

CHAIA, Rubén A. *La prueba en el proceso penal*. Buenos Aires: Hammurabi, 2010.

CHIAVARIO, Mario. *Diritto processuale penale:* profilo istituzionale. 3. ed. Torino: UTET, 2007.

CHINNICI, Daniela. *L'immediatezza nel processo penale*. Milano: Giuffrè, 2005.

CORDERO, Franco. *Guida alla procedura penale*. Torino: UTET, 1986.

CORDERO, Franco. *Ideologia del processo penale*. Milano: Giufreè, 1996.

CORDERO, Franco. *Procedura penale*. 7. ed. Milano: Giuffrè, 2003.

COSTA, Eduardo José da Fonseca. *Levando a imparcialidade a sério:* proposta de um modelo interseccional entre direito processual, economia e psicologia.

2016. 187 f. Tese (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2016.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. O papel do novo juiz no processo penal. In: COSTA, Eduardo José da Fonseca (Coord.). *Crítica à teoria do direito processual penal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Introdução aos princípios gerais do processo penal brasileiro. *Revista de Estudos Criminais*, Porto Alegre: Nota Dez Editora, 2001.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *L´esigenzia di garantia dei diritti della difesa nel nouvo processo penale brasiliano*. 1988. 253 f. Tese (Doutor em direito) – Scuola di Specializzazione in Diritto Penale e Criminologia, Universita Degli Studi di Roma "La Sapienza", Roma, 1988.

DEMERCIAM, Pedro Henrique. *A oralidade no processo penal brasileiro*. São Paulo: Atlas, 1999.

DIAS, Jorge de Figueiredo. *Sobre o estado actual da doutrina do crime*. Lisboa: Aequitas Editora, 1991.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. São Paulo: Ed. RT, 1987.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições do direito processual civil*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. v. II.

ENGLICH, Birte. Blind or biased? Justitia's susceptibility to anchoring effects in the courtroom based on given numerical representations. *Law & Policy*, v. 28, n. 4, 2006.

ENGLICH, Birte; MUSSWEILER, Thomas; STRACK, Fritz. Playing dice with criminal sentences: the influence of irrelevant anchors on experts' judicial decision making. *Personality and Social Psychology Bulletin*, v. 32, n. 2, p. 188-200, 2006.

FELDMAN, Robert S. *Introdução à psicologia*. 10. ed. Porto Alegre: AMGH, 2015.

FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Razón*: teoria del garantismo penal. 2. ed. Trad. Perfecto Andrés Ibánez; Alfonso Ruiz Miguel; Juan Carlos Bayón Mohino; Juan Terradillos Basoco e Rocío Cantarero Bandrés. Madri: Trotta, 1997.

FERRAZ JR., Tércio Sampaio Ferraz. *A ciência do direito*. São Paulo: Atlas, 1980.

FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Direito processual penal*. Coimbra: Coimbra, 2004.

FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir*. 6. ed. Petrópolis: Vozes, 1988.

FOUCAULT, Michel. *A verdade e as formas jurídicas*. Rio de Janeiro: NAU, 2003.

GÁLVEZ, Juan Monroy. *Teoría general del proceso*. 3. ed. Lima: Communitas, 2009.

GASCÓN ABELLÁN, Marina. Freedom of proof? El cuestionable debilitamiento de la regla de exclusión de la prueba ilícita. In: FERRER BELTRÁN, Jori et al. *Estudios sobre la Prueba*. Mexico: Universidad Nacional Autónoma de México, 2006.

GOMES, Décio Luiz Alonso. *Imediação processual penal*: definição do conceito, incidência e reflexos no direito brasileiro. 2013. 254 f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013.

GOMES, Luiz Flávio. Estado constitucional e democrático de direito e devido processo criminal. In: Fredie Didier Jr. et al (Coord.). *Teoria do processo*: panorama doutrinário mundial. Salvador: Juspodivm, 2008.

GRINOVER, Ada Pellegrini. O princípio do juiz natural e sua dupla garantia. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 29, p. 11-33, 1983.

GUTHRIE, Chris; RACHLINSKI, Jeffrey J.; WISTRICH, Andrew J. Blinking on the bench: how judges decide cases. In: *Cornell Law Review*, v. 93, p. 1-43, 2007.

GUTHRIE, Chris; RACHLINSKI, Jeffrey J.; WISTRICH, Andrew J. Inside the Judicial Mind. In: *86 Cornell L. Rev*, 777, 2001.

GUTHRIE, Chris; RACHLINSKI, Jeffrey J.; WISTRICH, Andrew J. Inside the judicial mind. In: Jeffrey J. Rachlinski et al (Coord.). *Behavioral Law and Economics*. Edward Edgar: Northampton, MA, 2009. v. III.

HAWKING, Stephen. *O grande projeto:* novas respostas para as questões definitivas da vida. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2011.

KAHNEMAN, Daniel. *Rápido e devagar:* duas formas de pensar. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012.

KAHNEMAN, Daniel; FREDERICK, Shane. A model of heuristic judgment. In: *The Cambridge handbook of thinking and reasoning*. Cambridge: Cambridge University Press, 2005.

KAHNEMAN, Daniel; TVERSKY, Amos. *Judgment under uncertainty:* heuristics and biases. New York, NY: Cambridge University Press, 2008.

KOHAN, Nuria Cortada de. Los sesgos cognitivos en la tomada de decisiones. *International journal of psychological research*, v. 1. n. 1, p. 68-73, 2008.

LEGENDRE, Pierre. *Los amos de la ley*: estúdio sobre la función dogmática em el régimen industrial. Buenos Aires: Hachette, 1987.

LOPES JR., Aury; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Investigação Preliminar no Processo Penal*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

LOPES JR., Aury. *Introdução crítica ao processo penal:* fundamentos da instrumentalidade garantista. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

LYRA FILHO, Roberto. *Por que estudar direito, hoje?* Brasília: Nair, 1984.

MARQUES NETO, Agostinho Ramalho. *Introdução ao estudo do direito*: conceito, objeto, método. Rio de Janeiro: Forense, 1990.

MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito processual penal*. Rio de Janeiro-São Paulo: Forense, 1961.

NEVES, A. Castanheira. *Metodologia jurídica*: problemas fundamentais. Coimbra: Coimbra Editora, 1993.

POSNER, Michael I. *Cognição*. Trad. Elaine de Souza Jorge et al. Rio de Janeiro: Interamericana, 1980.

RACHLINSKI, Jeffrey J.; FARINA, Cynthia R. Cognitive psychology and optimal government design. In: Jeffrey J. Rachlinski et al (Coord.). *Behavioral Law and Economics*. Edward Edgar: Northampton, MA, 2009. v. III.

RAMOS, Glauco Gumerato. Sistema de enjuizamento escalonado (ou procedimento judicial funcionalmente escalonado): repensando o modelo de processo. *Revista Brasileira de Direito Processual – RBDPro*, Belo Horizonte, ano 18, n. 71, p. 65-68, 2010.

RENON, Paolo. *Mutamento del giudice penale e rinnovazione del dibattimento*. Torino: G. Giappichelli, 2008.

SIMON, Herbert Alexander. A behavioral model of rational choice. *The Quarterly Journal of Economics,* v. 69, n. 1, p. 99-118, 1955.

SOUSA, Luís Filipe Pires de. *Prova testemunhal*. Coimbra: Almedina, 2014.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 1990.

WARAT, Luis Alberto. *Introdução geral ao direito II*: epistemologia jurídica da modernidade. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2002.

WILLIAMSON, O. *Markets and hierarchies:* analysis and antitrust implications. London, New York: The Free Press, 1983.

Pesquisas do Editorial

Veja também Doutrinas relacionadas ao tema

- Imparcialidade do juiz – Uma leitura constitucional de sua concepção dogmática, de Artur César de Souza – *Doutrinas Essenciais - Novo Processo Civil* 1 e *RePro* 269/59-88 (DTR\2017\1812);
- O olhar cruzado entre a busca pela verdade e a imparcialidade do juiz no cenário luso-brasileiro, de Dyellber Fernando de Oliveira Araújo – *RBCCrim* 140/247-296 (DTR\2018\7940);
- O princípio da imparcialidade do juiz em face do sistema acusatório brasileiro, de Ionilton Pereira do Vale – *RT* 1007/67-93 (DTR\2019\40033); e
- Sobre os critérios jurisprudenciais de identificação da perda de imparcialidade de um magistrado, de André Szesz – *RBCCrim* 140/195-223 (DTR\2018\7937).

Veja também Legislação relacionada ao tema

- Art. 399, § 2.º, do CPP (LGL\1941\8).

Para além dos encontros: tramas de um controle antinegro entre o dentro e o fora das audiências de custódia

Beyond the encounters: judicial practices and anti-blackness in custody hearings

Vinícius de Assis Romão

Doutorando (2020-atual) e Mestre em Direito Penal no PPGD-UERJ (2019). Especialista em Ciências Criminais pela PUC Minas (2016). Bacharel em Direito pela UFBA (2014). Membro do Grupo Clandestino de Estudos em Controle, Cidade e Prisões (BA) e do Instituto Baiano de Direito Processual Penal (IBADPP). Professor de criminologia e processo penal.
Lattes: [http://lattes.cnpq.br/1405019334868567].
ORCID: 0000-0001-8271-7694
vinicius.romao23@gmail.com

Recebido em: 11.05.2020
Aprovado em: 24.08.2020
Última versão do autor: 09.09.2020

Qualquer um, no enredo da graça, nós somos cachaça pra se beber (...) se beber.
Luiz Melodia – Mistério da Raça

Áreas do Direito: Processual; Penal; Direitos Humanos

Resumo: A pesquisa buscou compreender como vêm ocorrendo os encontros presenciais entre pessoas presas e atores jurídicos, partindo da experiência de pessoas em situação de rua, mais expostas à violação de direitos. Realizou-se observação semiestruturada dentro e fora das audiências de custódia no espaço multi-institucional do Núcleo de Prisão em Flagrante e Audiências de Custódia de Salvador, em dois períodos do ano de 2018, tendo como amostra operacional a análise documental de autos de prisão em flagrante (APFs) de 19 pessoas em situação de rua e a observação de 15 audiências de custódia e 15 atendimentos psicossociais referentes

Abstract: The research sought to understand how face-to-face encounters between prisoners, judges and prosecutors have been taking place, based on the experience of homeless people more exposed to violation of rights, compared with a larger sample of men brought to the criminal justice. In order to place limits and potentialities of procedural orality in custody hearings, in the year of 2018 observation was held inside and outside the custody hearings at Salvador's Núcleo de Prisão em Flagrante in addition to documentary analysis of the judicial documents referring to the hearings attended. That experience allowed us to analyze the said

a esse grupo. Os dados foram cruzados com uma amostra geral referente ao acompanhamento de audiências envolvendo 69 pessoas conduzidas ao órgão judicial, a fim de situar limites e potencialidades da oralidade processual. O deslocamento no campo permitiu analisar os ditos e os não ditos e confrontar documentos e discursos de atores processuais, com um olhar atento para a antinegritude que se manifesta no encontro presencial com os presos e informa as noções de ordem e segurança no ambiente judicial.

Palavras-chave: Audiências de custódia – Oralidade Processual – Racismo – Práticas judiciárias – Direitos humanos.

and the unspoken and to confront documents and speeches of institutional actors, with a close look at the anti-blackness that manifests itself in the face-to-face meeting with the prisoners and composes the sense of order and security in judicial environment.

Keywords: Custody hearings – Procedural Orality – Racism – Judicial practices – Human rights.

Sumário: 1. Introdução. 2. O núcleo de prisão em flagrante e audiências de custódia de Salvador como um lugar privilegiado de análise: percursos metodológicos na ida a campo. 3. A percepção dos lugares sociais dentro e fora das audiências a partir do controle de quem circula no núcleo de prisão em flagrantes e audiências de custódia de Salvador. 4. Entre audiências frias e atendimentos psicossociais quentes. 4.1. A antinegritude como limite às potencialidades dos encontros em audiências de custódia. 5. Considerações finais. Referências.

1. Introdução

O presente artigo considera a importância de trazer o judiciário e os atores jurídicos[1-2] para o centro da análise, propondo que as instâncias onde se materializa a punição sirvam de fonte para a investigação, a partir das lutas em torno do poder que envolve a operacionalização do rótulo criminal. Roberto Bergalli (2015, p. 114) destaca como as teorias da reação social conferiram "acentuada relevância criminológica" à atividade das instâncias judiciais, em razão da responsabilidade dos juízes na estigmatização, que também pode decorrer da aplicação do direito.

Na atividade de interpretar a questão criminal, de forma historicizada e atenta à dimensão política da punição, Foucault (2015) vai considerar o sistema penal como meio

1. O presente trabalho foi realizado com apoio da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior – Brasil (CAPES) – Código de Financiamento 001.

2. Neste artigo, a expressão "atores processuais" será utilizada como sinônimo de "atores jurídicos" para se referir a integrantes do Ministério Público, da magistratura e representantes da defesa, advogados ou membros da Defensoria Pública, com atuação processual em audiências de custódia.

privilegiado para analisar o exercício de poder na sociedade. A compreensão das relações de poder passa por situar as penas através das funções táticas que desempenham em cada modelo sancionatório, evitando limitar a discussão à análise da lei ou das representações morais em torno da pena. Nessa leitura, o autor afirma que há um "jogo de conflitos" que envolve lutas políticas tanto no campo das disputas por exercício de poder e definição de suas estratégias quanto entre os grupos que o detém e aqueles que tentam resistir, escapar ou contestar esse poder (FOUCAULT, 2015, p. 13).

Nos últimos anos, o crescimento da situação de rua na radicalização da agenda neoliberal se verifica nos censos (MDS, 2008; IPEA, 2016; PROJETO AXÉ, 2017) e na própria circulação cotidiana nas ruas de muitas cidades brasileiras. Da negação da presença à desumanização desses corpos, as semelhanças entre a vasta diversidade desse grupo marcam sua vivência nas calçadas de distintos bairros do país.

Entre 2013 e 2017, prestando assistência jurídica gratuita em unidades prisionais de Salvador, tive contato com as vivências de pessoas em situação de rua encarceradas. As suas histórias de vida e as nuances do seu encarceramento reposicionaram um olhar criminológico sobre as trajetórias de criminalização. Neste período, realizei uma pesquisa na qual tentei problematizar o ingresso e a permanência no cárcere de pessoas em situação de rua e as dinâmicas que contribuíam para uma exposição acentuada à prisão (ROMÃO, 2016).

Aquela investigação com recorte muito limitado contribuiu para fazer emergir uma inquietação mais ampla, desenvolvida na pesquisa de mestrado (ROMÃO, 2019). Para aprofundar os estudos sobre o controle penal da pobreza no contexto urbano, problematizei as portas de entrada no cárcere e fiz uma escolha metodológica de adotar as audiências de custódia como local da pesquisa de campo, aproveitando pistas oriundas de uma pesquisa que realizei sobre este tema (ROMÃO, 2017). Com isso, pude analisar o momento estratégico entre a prisão em flagrante e a produção da decisão de decretação de prisão cautelar ou restituição de liberdade, aproveitando o acesso ao *corpus* documental que é produzido no entorno deste ato judicial. Este artigo é decorrente dessa dissertação de mestrado, na qual também se revelou indispensável investigar a própria interação entre corpos em um espaço onde a operacionalização do rótulo criminal se constrói diante das resistências possíveis, através da oralidade.

A pesquisa aqui apresentada é predominantemente indutiva e partiu do questionamento sobre como ocorrem os encontros entre pessoas em situação de rua e atores jurídicos em audiência de custódia, tendo como objetivo compreender a operacionalidade real deste instrumento de oralidade processual em face de um grupo tradicionalmente exposto a violências institucionais. Tendo em vista a metodologia qualitativa de natureza empírica, novas questões se formaram no percurso da coleta de dados, buscando compreender os lugares sociais que se materializavam naquele ambiente judicial, o que complexificou a análise das interações entre distintas pessoas que ali circulam, percebendo dinâmicas de tratamento que se comunicam entre o dentro e o fora da sala de audiências.

A inspiração etnográfica levou a uma observação em movimento entre as salas, as antessalas, os corredores e o portão de acesso ao órgão judicial.

Para a análise pretendida a observação semiestruturada foi realizada no Núcleo de Prisão em Flagrante e Audiências de Custódia de Salvador (NPF), em dois períodos do ano de 2018, buscando garantir uma razoável heterogeneidade de casos e atores jurídicos envolvidos. A fim de obter uma amostra geral, foram observadas 69 audiências de custódia, visando colher dados sobre uma dinâmica mais ampla em relação ao objeto pesquisado. No que se refere à amostra operacional, enquanto uma determinada quantidade apta a esclarecer aspectos gerais das questões de pesquisa (PIRES, 2014), foram observadas audiências envolvendo 15 pessoas em situação de rua e 15 atendimentos psicossociais do Programa "Corra pro Abraço". Valendo-se de interseção de técnicas metodológicas, também foi feita análise documental de 19 autos de prisão em flagrante correlatos ao universo de análise, além de 52 processos anteriores que constavam como registros criminais.

A importância do contato presencial entre pessoas acusadas, magistratura, promotoria e defesa técnica decorre do princípio da oralidade, considerado um eixo metodológico central de um sistema de garantias, idealizado no curso dos movimentos de reforma processual na transição democrática na América Latina, no fim do século XX (GONZALEZ, 2017; BINDER, 2014). Para Alberto Binder (2014) a audiência oral seria um espaço democrático de tolerância por não ocultar os protagonistas do conflito e da administração da justiça.

No campo da doutrina processual penal crítica, a oralidade processual provocaria um melhor conteúdo decisório (PRADO, 2005), ampliando e efetivando espaços de resistência à pessoa criminalizada, com uma maior possibilidade de esclarecimento de fatos, individualização de condutas e resgaste da história social dos sujeitos e do próprio contexto conflitivo. Com as audiências de custódia, as pessoas conduzidas deixariam de ser meros objetos nominados em papéis trocados via motoboy ou comunicação eletrônica durante plantões do judiciário, onde promotores e juízes analisavam e decidiam à distância.

A realização de audiências de custódia no Brasil deriva de uma articulação jurídico-política para garantir a aplicabilidade do artigo 7, item 5, do Pacto de São José da Costa Rica, e do artigos 9, item 3, e 10, item 1, do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, inseridos no ordenamento jurídico brasileiro pelos Decretos 678/1992 e 582/1992. Em 2015, o presidente do CNJ Ricardo Lewandowski assinou uma carta de intenções com a Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) para fortalecer uma mentalidade do judiciário compromissada com os direitos humanos e viajou pelo país em uma articulação política que possibilitou a aplicação destes tratados.

Naquele ano, o Supremo Tribunal Federal julgou duas ações, concluindo pela constitucionalidade dessas audiências, na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 5.240, e determinando a aplicabilidade obrigatória, na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 347, em todos os Tribunais estaduais e federais do país, no prazo de até 90 dias. A regulação do procedimento foi feita pela Resolução 213/2015 do CNJ, que serviu de paradigma para a Resolução 26 e seguintes do Tribunal de Justiça da

Bahia. Atualmente, o instituto processual foi inserido no art. 310 e parágrafos do Código de Processo Penal, em decorrência da Lei 13.964/2019. Em Salvador, essa movimentação normativa e institucional provocou a chegada de outras instituições no órgão judicial responsável pelas audiências de custódia em Salvador. Estes elementos abriram novas esferas de investigação, especialmente quando se estruturou uma atuação sistemática dos profissionais que lá atuam.

Relatórios institucionais e pesquisas acadêmicas[3] vêm apontando desde o início da implementação das audiências pelo CNJ, em 2015, as limitações práticas que emperram a concretização das finalidades almejadas pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos. Por outro lado, diversas iniciativas pretendem ampliar a realização de audiências por videoconferência, a exemplo de propostas que fizeram parte da tramitação do PL 882/2019 da Câmara dos Deputados, conhecido como Projeto Anticrime, hoje sancionado como Lei 13.964/2019. Também já se defendeu que a apresentação do preso ao delegado, supriria a exigência das normas internacionais, sob os mais variados argumentos, como visto na Ação Direta de Inconstitucionalidade 5.240 proposta pela Associação dos Delegados de Polícia do Brasil (ADEPOL).

Os Tribunais de Justiça do Rio de Janeiro (Resolução 29/2015) e de São Paulo (Provimento 03/2015), por exemplo, normatizaram exceções mais amplas à apresentação de um preso ao juiz, como meras "circunstâncias descritas pela autoridade policial" ou "quando forem reconhecidas circunstâncias pessoais que a inviabilizem". O Provimento Conjunto 01/2016 do TJBA praticamente repetiu a exceção prevista na resolução do CNJ: "circunstância e comprovadamente excepcional ou localidade sem comarca instalada" (PRADO, 2017). Após a realização desta pesquisa, a chegada da pandemia de covid-19 reacendeu essa discussão e, embora tenha havido uma resistência da sociedade civil e posicionamento do CNJ contra a videoconferência[4], ainda não se pode inferir consequências possíveis no futuro próximo.

Ainda assim, o aprimoramento deste instituto processual, em uma perspectiva que ressalta a sua potencialidade na promoção de direitos, não prescinde do que foi objeto deste trabalho. Pretendeu-se aqui analisar os modos de fazer, como ocorre esse contato presencial, na cidade de Salvador, questionando as condições concretas para que uma pessoa presa seja vista como um sujeito de direitos. Para tanto, partiu-se do desafio de perceber os códigos do racismo[5] que estão atravessados por discursos pretensamente

3. Ver os Relatórios Fim da Liberdade (IDDD, 2019), Audiência de custódia, prisão provisória e medidas cautelares: obstáculos institucionais e ideológicos à efetivação da liberdade como regra (CNJ, 2018) e Tortura Blindada (CONECTAS, 2017), além dos artigos de Laís Kuller e Camila Dias (2019), Carolina Ferreira (2017) e Yuri Teixeira (2019).

4. Conforme o ato normativo 4.117/63.

5. Aqui compreendido como uma forma sistêmica de discriminação que se fundamenta na raça, manifestando-se por meio de práticas conscientes ou inconscientes e culminando em desvantagens ou privilégios para distintos grupos raciais (ALMEIDA, 2018).

neutros que conformam a dogmática jurídica e a prática judiciária, removendo as névoas das tentativas de blindagem à compreensão das relações raciais na operacionalização de um momento processual relevante.

É por meio das audiências de custódia, em que supostamente a objetificação de um criminalizável deveria ser soterrada, que se pretendeu problematizar os encontros presenciais no corte de humanidade produzido entre as zonas do ser e do não ser, enquanto produtos da persistente lógica colonial que desloca a resistência ontológica de corpos negros (FANON, 2008). Em um cenário de especial relevância para uma trajetória de criminalização, estigmas corporais, como tatuagens, posturas, linguajar, penteados, gestos, falas e silêncios constituem a produção de discursos e práticas quando atores jurídicos encontram custodiados em audiências de custódia.

O estudo do grupo populacional que constituiu a amostra operacional serviu de ponto partida para traçar percepções sobre as dinâmicas do controle antinegro da pobreza e a estruturação da punição pelo gênero (DAVIS, 2018), seja nas resistências masculinizadas à desumanização em audiência seja na gestão dos corpos de mulheres naquele espaço judicial – mais um local em que são mobilizados pelo Estado enquanto sustentáculo do grande encarceramento (FLAUZINA, 2016).

Apesar de usualmente não autoafirmada, a branquidade, essencial para o pacto de silenciamento que garante hierarquias sociorraciais (CARNEIRO, 2005), é, assim como a negritude, produto das relações raciais e configuradora um padrão de humanidade que autoriza ou facilita o rompimento de diversas formas de barreiras, nos mais distintos graus de mobilidade social e espacial. Tomando a raça[6] como categoria de análise, ao percebê-la como elemento que substantiva e complexifica não só o debate sobre a oralidade, mas a própria análise da função social complexa da punição, em seu âmbito repressivo e positivo (FOUCAULT, 2014), pode-se aprofundar a análise sobre a conformação dos discursos, das práticas punitivas e de seus efeitos (PIRES, 2017).

2. O núcleo de prisão em flagrante e audiências de custódia de Salvador como um lugar privilegiado de análise: percursos metodológicos na ida a campo

A cidade de Salvador foi uma das primeiras a realizar audiências de custódia, em 2015, e conta com uma estrutura singular no país. Pode ter contribuído para isso, o fato de que desde 2013 já existia o Núcleo de Prisão em Flagrante (NPF), que lidava com

6. Achille Mbembe (2017) compreende a raça em sua dinâmica histórica e sócio-política (MUNANGA, 2003), uma vez mitigada a noção biologicista antes encampada com um discurso que se pretendia cientificista – especialmente até meados do século XX. O filósofo também critica um pretenso "racismo sem raça", no qual violências contemporâneas tentam se blindar do seu conteúdo discriminatório e hierarquizante, mas que na verdade representa um aprimoramento da discriminação (MBEMBE, 2017).

apresentação de presos ao judiciário, embora nem sempre isso significasse realizar uma audiência. A criação do NPF foi fruto de um Termo de Cooperação Técnica que envolveu, além de instituições de atuação no judiciário, as secretarias de governo, a de Segurança Pública e a de Justiça e Direitos Humanos, como uma das medidas para reduzir encarceramento em delegacias. Inicialmente, ele funcionava na entrada da Cadeia Pública, unidade destinada à prisão cautelar. Os presos que vinham das delegacias aguardavam, no setor da triagem, para saber se continuariam naquele prédio ou se caminhariam com um papel em mãos até o portão do Complexo Penitenciário, rumo à liberdade.

Naquele momento, as audiências de custódia não eram interpretadas como obrigatórias e a sua realização dependia de cada juiz, mesmo com os presos custodiados no mesmo local onde se decidia seu destino. Até setembro de 2015, em Salvador, o primeiro contato presencial de uma pessoa presa com a Defensoria Pública do estado da Bahia (DPE-BA), a promotoria ou a magistratura poderia acontecer somente se a investigação desembocasse numa ação penal.

Em um novo cenário, em janeiro de 2016, o NPF deixa a Cadeia Pública e passa a ocupar a sede atual, na região do centro financeiro da cidade. Uma nova estrutura surgiu, no contexto da política judiciária mobilizada pelo CNJ e da necessidade de cumprimento do acórdão do STF na ADPF 347, o que tornou o contato presencial entre presos e atores judiciais mais incontornável. Em setembro de 2019, o Tribunal transformou este órgão em uma Vara de Audiência de Custódia, o que não impactou, até aqui, na composição multi-institucional daquele espaço. Isso teve como principal mudança a concentração de funções da magistratura, que antes atuava em revezamento. Outras pesquisas poderão analisar os impactos desse novo modelo, porém, a chegada de uma juíza titular não deixou de encontrar uma conformação sobre os modos de fazer que se desenhou entre 2015 e 2019.

Para um pequeno retrato referente ao ano de 2018, esta pesquisa adotou a observação semiestruturada como um instrumento que pudesse permitir o acesso aos ditos e não ditos que circundam as audiências de custódia (MARCONI; LAKATOS, 2003). Através de uma observação em movimento entre o dentro e o fora das audiências, a pesquisa lidou com a experiência de pessoas presas em situação de rua no momento processual decisivo que leva à restituição ou não de sua liberdade. Para a ida a campo foi elaborado um roteiro com quesitos flexíveis apenas para guiar a coleta de dados, que primeiro era registrada à mão em um caderno de campo. Em seguida, o registro era transcrito de forma digitalizada, para os formulários de encontros em audiências e para o arquivo de anotações gerais sobre as dinâmicas que envolviam o dentro e o fora da sala de audiências.

No que se refere à amostra operacional, enquanto uma determinada quantidade apta a esclarecer aspectos gerais das questões de pesquisa (PIRES, 2014), foram observadas audiências envolvendo 15 pessoas em situação de rua e 15 atendimentos psicossociais do Programa Corra pro Abraço, uma das instituições multiprofissionais que interagem com a Central Integrada de Alternativas Penais, prevista pela Resolução 213/2015 do CNJ. No

total, foram observadas 19 pessoas em situação de rua distintas, entre a sala de audiência e a sala de acolhimento psicossocial.

Em busca da heterogeneidade de fatos a serem observados, dividiu-se o campo em dois períodos, também com a aposta de que isso representasse um contato com sujeitos mais diversos: o primeiro, entre janeiro e fevereiro; o segundo, entre setembro e outubro de 2018. Diante da atuação em revezamento dos atores processuais, em uma baixa rotatividade, onde as etapas de coleta se distanciam em pouco mais de seis meses, foi possível uma interpretação sistemática da condução das audiências e da produção de decisões judiciais. Nas duas fases de campo, foram observadas audiências de custódia envolvendo 69 pessoas presas, 04 juízes[7], 03 defensores públicos, 03 promotores de justiça e advogados diversos[8], o que também possibilitou trabalhar qualitativamente com amostras de um universo geral (PIRES, 2014), considerado como as diversas pessoas que encontraram com os atores jurídicos em audiências de custódia. Isso permitiu colher dados sobre uma dinâmica mais ampla em relação ao objeto da pesquisa.

Acompanhar um documento judicial sendo produzido na prática por atores jurídicos, confere à análise documental – outra técnica adotada na pesquisa – uma dimensão mais ampla. Após a colheita dos pareces orais em audiências, reduzidos a termo de forma bastante sucinta e genérica, foi possível complexificar a produção de silenciamentos e a mediação judicial na construção da narrativa em um documento histórico que é o processo (OLIVEIRA; SILVA, 2005), neste caso, o auto de prisão em flagrante.

Nessa interseção de técnicas metodológicas, foi realizada análise documental de 19 autos de prisão em flagrante relativos às pessoas em situação de rua observadas, além de 52 processos que constavam nestes documentos processuais como registros criminais pretéritos. Com isso, foram confrontados alguns elementos de documentos que chegavam, inseridos no APF, nas audiências de custódia, além daqueles que produzidos no próprio ato processual.

A pesquisa no âmbito do judiciário, durante as suas práticas cotidianas, se justifica pelo interesse de tentar acessar a realidade como ela se apresenta, como fruto do próprio cuidado com os dados empíricos. Por isso, é valioso o diálogo metodológico com investigações sobre aplicação do direito oriundas de outros campos. Mariza Peirano

7. Essa diversidade de membros da magistratura, ora analisada, pode contribuir com estudos futuros, haja vista as distintas formas de se estruturar os órgãos judiciais para garantir a apresentação de pessoas presas a atores jurídicos. A Resolução 16 de 14 de agosto de 2019 do TJBA transformou o NPF em Vara de Audiência de Custódia, que fora instalada em 20.09.2019. Desde esta data, a operacionalização das audiências, nos dias úteis, se concentrado nas mãos de um juiz substituto, e, em seguida, à juíza titular que assumiu o posto.

8. Em relação a representantes de profissões jurídicas, a flexão do gênero apresentada neste artigo não condiz necessariamente com a realidade, tendo em vista a estratégia de não facilitar possível identificação de quem foi objeto de observação. Assim, uma limitação do presente trabalho decorre de não ter aprofundado a atuação generificada na advocacia, promotoria ou magistratura durante a interação com pessoas presas.

(2014) ressalta como a teoria está constantemente sendo reinventada pelo contato com novos dados e novas experiências de campo. Segundo Ciméia Bevilaqua (2001), a antropologia enfrentou novas reflexões metodológicas quando se aproximou dos estudos sobre aspectos da organização do Estado, seja processos eleitorais, cenas judiciais ou funcionamento de órgãos de Poderes Executivo ou Judiciário.

Esta pesquisa, ao buscar observar atores jurídicos no exercício regular de suas funções, diante de uma pessoa recém-presa, lidou com o risco concreto de alteração das suas performances, o que poderia interferir na coleta de dados na observação e esterilizaria a própria análise. As cenas observadas contaram com frequente circulação de outros pesquisadores, estudantes de graduação e diversos profissionais das instituições atuantes naquele órgão judicial. A compreensão das dinâmicas de circulação no espaço do NPF e a coleta de dados nas audiências públicas seriam profundamente prejudicadas se revelada a identidade de pesquisador a cada pessoa que viesse a circular nestas cenas específicas.

Embora o espaço estivesse, à época, relativamente aberto à aproximação de pesquisadores, permitindo acesso às audiências – algumas restrições surgiram, após a divulgação de algumas pesquisas e relatórios de organizações de direitos humanos – não se pode perder de vista o poder exercido pelas instituições envolvidas com a punição estatal. Existe uma linha tênue entre a tolerância e o afastamento com as pesquisas que investigam seu funcionamento, seus discursos e suas práticas[9]. A liberdade do pesquisador também se reflete na busca dos meios de acesso e de resistir a tentativas de controle que não podem afetar a autonomia da pesquisa em ciências sociais e humanas.

Essa técnica encoberta de coleta de dados nas audiências se limitou aos atores diretamente envolvidos com os momentos mais sensíveis de observação. Os funcionários do Programa "Corra pro Abraço" (PCPA) e os servidores do judiciário auxiliaram a minha entrada na sala de audiências, justamente quando da realização de audiências

9. Rafael Godoi (2017) e Daniel Fonseca Fernandes (2018) sinalizam as dificuldades enfrentadas pelos pesquisadores, especialmente no campo prisional, onde diversos limites restringem uma aproximação ou até fecham as portas para determinada pesquisa. Já Carla Akotirene (2020, p. 132) destacou uma vivência dura ao enfrentar o epistemicídio racista durante uma pesquisa de campo na unidade feminina baiana: "Constrangimento, impotência e repulsa foram as emoções primordiais neste meu trabalho de campo no Conjunto Penal Feminino de Salvador. Sempre soube o quão perturbadora é minha identidade estética afrocentrada, porquanto nunca secundarizei os estereótipos racistas apesar do prestígio acumulado como pesquisadora, assistente social e mestranda em estudos feministas. Definitivamente, encontro-me longe do imaginário social em torno dessas intelectualidades estilizadas. Ao atravessar a portaria do Complexo Penitenciário Lemos Brito, aos doze dias de dezembro de dois mil e onze e ser atendida na recepção do Conjunto Penal Feminino pela chefia da segurança, pude sentir, imediatamente, o tom de desaprovação da agente penitenciária. Com uma cordialidade enfática, me apresentei como pesquisadora da Universidade Federal da Bahia, desejosa em conhecer as dinâmicas institucionais ligadas ao binômio gênero-raça, conforme atesta o ofício à Secretaria Estadual de Justiça e Direitos Humanos, autorizando o trabalho de campo".

envolvendo pessoas em situação de rua, sem que isso tenha exposto a posição de pesquisador a ponto de comprometer a coleta de dados[10].

A Resolução 213/2015 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) buscou aproximar o judiciário de serviços sociais, desenha um paradigma de atenção social vinculado ao cumprimento de cautelares diversas da prisão. Desde 2016, o Programa "Corra pro Abraço" (PCPA), atua no NPF, ampliando seu campo de atuação, na perspectiva de reduzir os danos do encarceramento à população de rua.

No NPF, a equipe do PCPA[11] – que contou com 07 profissionais ao todo durante o campo – foi uma importante fonte de dados, ampliando as possibilidades de observação de audiências envolvendo pessoas em situação de rua. O PCPA recebia informações do cartório ou da assessoria dos defensores públicos sobre a existência de APFs referentes ao seu público.

Um dos desafios institucionais assumidos pela equipe multiprofissional do PCPA é o de "sensibilizar o judiciário para uma aposta no cuidado" das pessoas que fazem parte de grupos sociais com quem o Programa trabalha: pessoas em situação de rua, com uso abusivo de drogas ou com necessidades referentes à saúde mental. A proposta do Programa também pretendia tanto evitar uma maior fragilização dos vínculos e o isolamento de algum assistido eventualmente preso como possibilitar o início de um novo contato para acompanhamento em liberdade.

Os atendimentos psicossociais de pessoas presas pelo PCPA são feitos, em regra, somente àqueles e àquelas que voluntariamente se deslocam até a sala do Programa. A depender da profissional ou do volume de trabalho, pode haver um rápido atendimento antes da audiência, no momento em que se faz uma triagem entre aqueles que serão ouvidos pela DPE-BA, geralmente a primeira instituição para onde os presos são deslocados, depois que chegam à carceragem do NPF.

O atendimento após as audiências parece ser o prioritário aos profissionais do PCPA, pois ocorre em sua sala, com a pessoa em situação de liberdade. Este seria um primeiro momento de restabelecer os vínculos e apoiar pessoas já assistidas pelo Programa, seja no

10. Apenas na minha primeira entrada na sala de audiência, fui conduzido por um servidor do judiciário, que me apresentou ao membro da magistratura em atividade naquele dia – que faz parte do total de quatro magistrados que se revezaram durante os dias em que estive no campo momento em que apresentei rápida e suscintamente a pesquisa, de modo a preservar a viabilidade da técnica encoberta de coleta de dados. Em todos os dias ingressei simultaneamente a outros estudantes e profissionais das equipes de assistência jurídica ou psicossocial.

11. O Programa Corra pro Abraço é uma parceria entre a OSCIP – Comunidade Cidadania e Vida – COMVIDA e a Secretaria de Justiça, Direitos Humanos e Desenvolvimento Social do Estado da Bahia – SJDHDS, através da Superintendência de Políticas Sobre Drogas e Acolhimento a Grupos Vulneráveis – SUPRAD. Trabalha com arte-educação, redução de danos e ação em rede com outras entidades e instituições visando a promoção de cidadania de jovens de bairros pobres e de pessoas em situação de rua em Salvador e região metropolitana. Também atuam nas audiências de custódia, oferecendo assistência a pessoas em situação de rua ou com uso problemático de drogas que foram presas.

retorno ao seu território, no reencontro da sua rede de afeto, seja na facilitação de acesso a serviços públicos diversos, a partir do que é colhido na escuta. O atendimento após a audiência depende de três circunstâncias: a magistratura indicar o comparecimento ao PCPA, mediante requerimento ou não da DPE-BA e do Ministério Público do estado da Bahia (MPE-BA); a restituição da liberdade pela magistratura; a vontade da pessoa de comparecer à sala do Programa.

Para registrar atendimentos ou acolhimentos na sala da equipe no NPF, a equipe do PCPA preenche o Mapa de Acesso. Nele, registra-se o tipo de intervenção (escuta ou orientação), se houve entrega de insumos, a identificação (nome, idade, raça, gênero), algum meio de contato, o território e eventuais demandas destas pessoas (saúde, assistência social, justiça, educação, documentos ou outros). Caso esse atendimento se prolongue e a pessoa acolhida passe a ser assistida regular do PCPA, o Plano de Acompanhamento do Cuidado (PAC) reúne os dados a fim de organizar e articular o cumprimento daquelas demandas.

3. A percepção dos lugares sociais dentro e fora das audiências a partir do controle de quem circula no núcleo de prisão em flagrantes e audiências de custódia de Salvador

O NPF fica em um prédio anexo à Delegacia Central de Flagrantes. Ao lado do estacionamento da delegacia, há um portão de acesso, onde fica um segurança privado contratado pela empresa de telemarketing situada em um prédio aos fundos. Como a entrada e saída dos funcionários daquela empresa tem horários bem definidos, ele acaba interagindo muito mais com pessoas que de alguma forma estão ligadas às atividades do NPF. Sejam aquelas barradas à espera de uma informação ou parente custodiado, sejam aquelas autorizadas, ainda que em grau distinto, a circular pelo órgão judicial.

Do lado de fora desse portão geral, há uma barraca que vende lanches, acima de um batente de cimento, onde as familiares[12] – que só podem ficar do portão para fora se aglomeram em pé ou sentadas, na longa espera pelos parentes custodiados. Importantes pesquisas em prisão constatam que a visitação nas cadeias é uma prática marcadamente feminina (BIONDI, 2009; GODOI, 2017), das longas filas de mulheres às estratégias e agenciamentos que envolvem todo o processo de visitação e dialoga com as dinâmicas internas dos presídios.

12. A opção feita neste trabalho foi a de utilizar o "feminino universal" em relação às familiares, como estratégia de melhor comunicar o impacto da observação para reflexões analíticas. A realidade salta aos olhos não só no Complexo Penitenciário da Mata Escura. Também no NPF, no momento após a prisão em flagrante, as mulheres correspondem à quase totalidade de quem espera e almeja acolher o parente que vai passar por uma audiência de custódia.

A presença das mulheres na instituição carcerária, para além da sua própria criminalização, sofre uma antecipação, em extensão a uma punição particular (COMFORT, 2010). Ana Flauzina (2016, p. 68) alerta que o papel desempenhado pelas mulheres na sustentação do encarceramento masculino precisa ser melhor compreendido:

> "Ao meu entender, o Estado recruta as mulheres, em sua grande maioria negras, como mantenedoras solidárias do aparato público, para viabilizar o empreendimento prisional. Afinal, como há muito se sabe, são as mulheres que auxiliam na manutenção da família e das necessidades básicas dos detentos; são também elas que mobilizam o aparato judicial, acompanhando sistematicamente os processos a fim de lhes dar andamento; além de serem quem garante a mediação do cárcere pela possibilidade do extravasamento da tensão sexual."

A relação direta das famílias com os diversos atores do NPF é bastante limitada e a aproximação com o parente preso, proibida. Não há entrada a ser regulada, pois a entrada a princípio está proibida, nem há propriamente uma fila com horizonte certo ou uma mobilização espacial para serem organizadas. Devem aguardar fora dos portões, por um tempo indeterminado, que tem tudo para nada acontecer. Podem passar o dia inteiro à espera de algo que não se consuma, podendo acabar sem sequer ver os parentes presos.

Passado o portão de acesso localizado no estacionamento da delegacia especializada em flagrantes, na lateral esquerda da ladeira, está o prédio do NPF. Há uma primeira entrada, logo no início da ladeira, que leva à carceragem, onde os presos, vindos das delegacias, aguardam a realização de suas audiências e as decisões sobre sua liberdade. Não é possível visualizar os cárceres de fora, mas vê-se cobogós – pequenas entradas de ventilação nas paredes. Em frente a esta porta se concentram algumas viaturas responsáveis por trazer e levar presos.

Mais acima, está a porta de vidro que dá acesso ao cartório. Entre a carceragem e o cartório, há uma escada, por onde sobem os presos algemados em fila indiana, conduzidos por policiais civis que fazem sua custódia para a audiência ou para atendimentos da DPE-BA, da Central de Informações de Alternativas Penais (CIAP)[13] e do PCPA. Ao final da ladeira, logo após esta porta de vidro do cartório, à esquerda vê-se um corredor, contornando o prédio do NPF. Nele há uma outra porta de vidro, que dá na sala de

13. Em meados de 2018, Salvador se tornou a primeira cidade brasileira a contar com a Central de Integrada de Alternativas Penais, mencionada no art. 9º da Resolução 213 do CNJ, dentro da qual atua a Central de Informações de Alternativas Penais (CIAP) – mais afinada com uma perspectiva correcionalista do judiciário –, também composta por uma equipe multiprofissional, destinada a garantir o cumprimento de medidas cautelares diversas aplicadas pelo judiciário. No contexto de avanço tanto do encarceramento e quanto da aplicação de medidas alternativas, expandindo o controle em liberdade, a Resolução 213 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), ao buscar aproximar o judiciário dos serviços sociais, desenha, especialmente no artigo 9º, um paradigma de atenção social vinculado ao cumprimento de cautelares diversas da prisão.

atendimento da equipe do PCPA, além de uma entrada para a antessala das salas de atendimento da DPE-BA e da CIAP.

No cartório, vê-se uma antessala de espera, com doze cadeiras distribuídas em três das quatro paredes. À esquerda, está a janela de vidro, por onde os servidores realizam atendimento ao público, e, logo adiante, a porta que leva a um corredor que se abre para salas diversas, como, sala de audiências, sala do monitoramento eletrônico, sala do Ministério Público, gabinete e copa. Na parede oposta à porta de entrada na antessala, existem portas para duas salas, a da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) – sempre aberta em uso de advogados – e a do plantão judiciário – sempre fechada em horário tradicional de expediente. Em um canto, ao lado da entrada da sala da OAB, em setembro, surgiu uma mesa com uma cadeira para uso do policial militar de plantão na segurança do cartório.

Este policial tem uma atuação ostensiva em âmbito administrativo, como ocorre em outros cartórios judiciais na cidade. Em pesquisa realizada em 2016, observei que, além dele, outro profissional, também nesta função, apresentava mais interação com os atores judiciais, assistindo audiências e opinando sobre as situações problemáticas e as pessoas conduzidas, interpelando-as no corredor em frente à sala de audiência onde se aglomeravam à época (ROMÃO, 2017).

Em 2018, houve uma mudança. A mesa e a cadeira representavam um afastamento entre a polícia militar e a sala de audiência. Além da antessala, o policial militar costuma se fixar do lado de fora da porta de vidro, exercendo um controle sutil de quem entra. Este policial é o principal filtro de acesso aos servidores do cartório. Uma vez superada a barreira do primeiro portão, onde está um segurança terceirizado, a continuidade do deslocamento ou a permanência em uma das cadeiras da antessala é mediada pelo papel atribuído pelo policial. Essa avaliação sumária vai ter como critério primordial a raça, aliada a posição de classe, também informada pela vestimenta, e ao sexo, vez que a presunção de ser mãe ou companheira de um preso é a que mais identifica a condição de familiar.

Assim, ao entrar alguém tachado como familiar ou não encaixado em algum dos perfis previamente autorizados a circular pela antessala e se dirigir diretamente aos servidores do cartório – estudantes de direito, advogados, membros das equipes multiprofissionais servidores da Justiça, MP-BA ou DPE-BA –, o policial se aproxima da porta de entrada e despeja informações dissuasivas e pouco concretas. Dois homens negros de meia-idade, trajando camisa polo e calça jeans, tiveram seu acesso ao cartório dificultado ou abreviado assim que localizados enquanto familiares de preso. As famílias, muitas vezes, sequer conseguiam ser atendidas e tinham que retornar para a área externa além do portão. Com sorte, conseguiam informação dos servidores ao menos sobre o horário previsto, embora nunca respeitado, para audiência de seu ente.

Todas as pessoas barradas observadas eram negras e, em geral, se vestiam em notório contraste aos trajes de todos que por ali circulavam, ainda que os profissionais das equipes multiprofissionais, a maioria das áreas de psicologia e assistência social, não compartilhassem dos mesmos trajes que os outros profissionais, mais próximos do contexto jurídico. Uma profissional negra do PCPA, ao passar direto pela guarita da portaria

rumo a mais um dia de trabalho, foi interpelada pelo segurança que se aproximou dizendo-lhe, sem hesitar, que parentes de presos não podiam subir.

Na segunda etapa de coleta de dados, o período letivo das faculdades de direito levou diversos estudantes a disputarem lugares para assistir às audiências. As cadeiras da antessala deixaram de ficar vazias, como era regra em janeiro e fevereiro. Como o turno de realização das audiências se definem no próprio dia de realização ou no final do dia anterior, é comum estudantes ou familiares chegarem pela manhã e descobrirem que as audiências somente serão realizadas pela tarde. As familiares, então, acabam por passar quase o dia inteiro à espera. Os estudantes, com o tempo, acordaram com o cartório para poderem assinar a lista de espera pela manhã e retornar à tarde, evitando assim uma zona de espera.

Essa mobilização dos estudantes na antessala do cartório ressalta como a longa espera sem horizonte é vista como uma semelhança com a casa de detenção que, segundo Arantes (2012, p. 239), gera um calafrio naqueles que costumam ter mais acesso material e simbólico a meios de escape ou de redução da espera[14]:

> "Alertados por um sexto sentido de classe, compreende-se o calafrio que estremece os de cima quando lhes pedem para esperar um pouquinho além da conta, como se uma voz ousasse lhes ordenar: ponha-se no seu lugar e limite-se a esperar, coisa que obviamente cheira a casa de detenção."

No segundo período de campo, na antessala do cartório, uma estudante de direito branca, calçando sapatos de salto alto e trajando roupa social, se exaltava na janela de vidro do cartório. Foi o único momento em toda a observação que o silêncio e o padrão geral de trato foram rompidos na antessala. Ela queria assumir o posto daqueles que colocaram o nome na lista de espera pela manhã e ainda não se faziam presentes, já que as audiências ainda não tinham sido iniciadas. Dez minutos de gritos, nariz em riste e tom desrespeitoso com os funcionários. Entre bravatas que envolviam ameaças de responsabilização dos servidores do cartório, a afirmação eloquente de que tinha seus direitos.

Os funcionários acabaram oferecendo uma alternativa que parcialmente atendia ao interesse da jovem. Ao ver o que sua colega conseguira, outra estudante branca que estava sentada próximo ao policial de plantão, levantou-se dizendo em voz alta que também queria o mesmo para ela. O policial militar, sentado à sua mesa, no canto da parede oposta à porta de acesso ao cartório, ignorou solenemente todo o ocorrido.

A perspectiva de análise do racismo estrutural e da não tematização do negro na produção acadêmica implica dissolver a ideia de que a racialização produziu apenas o negro, definiu apenas o "outro", desviando o entendimento de que o racismo seria um problema

14. Ainda que a categoria dos estudantes compreenda internamente distintas posições de classe, o afastamento deles das zonas liminares não comporta dúvidas. Em todo caso, o grupo de estudantes envolvidos diretamente com essa mobilização mais agressiva para reduzir a espera apresentava uma homogeneidade socioeconômica específica.

apenas dele. Liv Sovik (2004) situa as barreiras de classe na histórica vinculação com as barreiras erguidas pelo racismo, das quais emergem a presunção de um consenso da herança colonial na reprodução de hierarquias internas. Para a autora,

> "o estudo da branquidade pode esclarecer as formas mais cordiais, menos explícitas do racismo brasileiro, as maneiras de suavizar os contornos de categorias raciais enquanto se mantém as portas fechadas para afrodescendentes." (SOVIK, 2004, p. 384).

Guerreiro Ramos (1995), ao enfrentar as bases da sociologia que tematiza os negros brasileiros, destaca a importância do estudo da branquidade, enquanto ideal estético, como uma estratégia necessária ao estudo do desmascaramento dos privilégios e dos equívocos estéticos na sociedade brasileira. O dispositivo da racialidade tem a branquidade como um importante elemento de produção de subjetividades e de relações sociais (CARNEIRO, 2005), podendo determinar as práticas de segurança na gestão da circulação no espaço.

Se a branquidade revela um lugar social branco, através de como ele vê os negros, o racismo institucional mostra o ideal estético que marca, nas miudezas, o paradigma de humanidade que antecede a qualquer noção de cidadania. O brado da estudante afirmando que "tinha seus direitos", em um espaço onde a segurança impede o mais básico direito de acesso à informação de familiares de presos, simboliza mais que uma mera tolerância institucional.

Vê-se, então, a branquidade, considerada em toda sua pluralidade, como um produto das relações raciais que se alça ao patamar de normalidade, de uma condição racial não nomeada como padrão de humanidade (FRANKENBERG, 2004). Este lugar, dentre outras coisas, autoriza ou facilita o rompimento de diversas formas de barreiras nos mais distintos graus de mobilidade social e espacial.

Isso se verificou também em outro momento. O deslocamento das pessoas privadas de liberdade entre as instituições do NPF é conduzido por policiais, geralmente, policiais civis lotados nas delegacias, responsáveis pela custódia. Estes agentes entram nas audiências com o preso sob sua custódia e assistem ao ato processual, em postura ostensiva, em pé, ao lado do custodiado, ou sentados, em uma cadeira próxima.

Em uma audiência de custódia, na primeira etapa de campo, quem fazia a condução de duas mulheres presas era uma policial civil negra, com cabelos cacheados, vestida de forma simples e com o distintivo por baixo do casaco, mas parcialmente visível, como utilizado por muitos policiais na mesma função. Diferente de outras agentes que fazem condução, essa policial não buscou impor autoridade entre olhares, tom de voz e postura corporal com as presas nem reproduzir trejeitos policialescos demonstrativos de força e comando. Sem postura ostensiva, ela se sentou na cadeira reservada aos policiais que fazem a custódia.

A sala estava cheia de estudantes, além de um estagiário de uma das equipes multiprofissionais, o que tornava o público expectador majoritariamente negro naquele

momento. Ao final da audiência, o promotor questionou, circulando os olhos de forma desencontrada por toda a sala, quem estaria responsável pela custódia das presas. Na audiência seguinte, entrou um policial civil branco, cabelos lisos e grisalhos, roupas simples, sem distintivo à mostra, que se sentou no mesmo local que a policial havia se sentado. O promotor o cumprimentou imediatamente de forma impessoal, como se não o conhecesse anteriormente, mas presumisse qual era a sua função.

4. Entre audiências frias e atendimentos psicossociais quentes

Enquanto uma juíza se queixa, em tom jocoso, com o fato de não encontrar babás que trabalhem durante finais de semana e viagens a passeio, mulheres pobres, quase todas negras, se desesperam na sala do PCPA, com bebês de colo ou crianças pequenas agitadas, ansiosas e preocupadas com o ente familiar preso. Antes de dar início a uma audiência, com o preso já na sala, sentado com as mãos algemadas sobre o colo, uma juíza contava sobre a viagem que fizera ao Rio de Janeiro, onde gostou de passear na orla da Zona Sul, mas por ter levado as crianças, não pode ter maior descanso ou conforto. Entre risos compartilhados, perguntou a um funcionário, único negro na sala além deste pesquisador, se ele não queria ser babá, viajar, passear "de graça" e comer em bons restaurantes, pois a próxima viagem seria para Nova Iorque. As queixas sobre a dificuldade de encontrar uma trabalhadora doméstica buscavam destacar a visão da "vida boa" que o emprego que ela estava oferecendo proporcionava.

Uma das senhoras na sala do PCPA era mãe de um jovem e avó da criança, com cerca de um ano de idade, que estava muito agitada. Os pais da criança foram presos juntos após um suposto roubo tentado com arma de fogo dentro de um ônibus. Como a circulação entre salas de presos é intensa antes e depois de audiências (entre carceragem, DPE-BA, CIAP, PCPA), a PM não permite que as familiares fiquem fora da sala do Programa, seja no corredor em frente ou nas salas de espera da DPE-BA ou do cartório. A avó teve que se esforçar para acalmar a criança. Inevitavelmente, elas desabaram em choro quando viram, pela porta de vidro da sala do PCPA, o casal passar algemado, voltando do atendimento com o defensor público.

A situação das mulheres negras na zona de espera, sob o sol ou sentadas sobre o batente da barraca, sem acesso a informações, água, banheiros e recebendo tratamento hostil de alguns policiais, foi vista como uma demanda espontânea da atuação no local. As famílias se tornaram um grupo autônomo na estratégia de acolhimento do PCPA no NPF.

Não é permitido qualquer contato entre familiares e presos no NPF. Só vão se ver e, principalmente, se tocar, caso a pessoa seja libertada e quando ultrapassar o portão. A vontade das familiares de rever seus entes presos aliada à atuação da equipe do PCPA contribuiu para um certo número de encontros visuais de poucos segundos através da porta ou da janela de vidro da sala do PCPA. Nos últimos dias do campo, se tornou mais frequente as familiares, que ali estavam sendo acolhidas, fissurarem o "tempo morto"

do lado de fora do portão e conseguirem contatos oculares batendo na porta, impulsivamente, para driblar a incomunicabilidade familiar.

Em muitos atendimentos de pessoas em situação de rua, há essa temperatura emocional na sala, onde se misturam distintos afetos, sentimentos, aflições e angústias da pobreza negra. Como a única instituição no espaço que ouve as famílias, o PCPA acaba sendo depositário das diversas histórias de vida e das violências institucionais em torno da detenção, muitas delas ausentes nos documentos dos APFs ou não relatadas aos juízes. Diversos relatos de agressões ou subtrações feitas por policiais durante buscas em residências pobres ou em corpos de trabalhadores informais ou moradores indesejáveis de determinados territórios eram recorrentes. "Já cansei de perder dinheiro pra polícia", disse um vendedor ambulante durante o atendimento psicossocial. As demandas por justiça, em situações de violência institucional, eram as mais complexas, mesmo com a experiência de atuação na rua dos diversos membros do PCPA que passaram pela equipe. A escuta e o apoio psicológico não davam conta dos cortes de humanidade ou da cidadania negativa que marcavam um não lugar para pessoas presas e familiares dentro e fora do NPF.

Rita[15], que aparentava ter entre 35 e 40 anos, viveu a maior parte da vida nas ruas do Centro Antigo da cidade. Após passar um tempo sob os viadutos do Largo do Aquidabã com seu companheiro, onde participaram de atividades do PCPA, ela ocupou junto com ele um barraco na encosta da região do Pilar. Pausando as territorializações transitórias, há dois anos os dois migraram e se fixaram em um conjunto habitacional popular. Ela entrou na sala do PCPA, com outras duas mulheres negras – uma delas amamentado – todas muito abaladas após sofrerem física e emocionalmente com a violência policial dirigida aos seus companheiros, presos por tráfico. Um protesto na rua organizado por elas contra os abusos policiais no condomínio, teria sido o estopim para o que elas insistiam ser um flagrante forjado. Além de agressões físicas, as mulheres narraram ainda, em prantos, a subtração de quantias oriundas do trabalho como vendedoras ambulantes no carnaval.

"Mas onde é que a gente acha aluguel de 200, 300 reais pra morar? Só na maloca", constatava uma das mulheres, após ter se lamentado que ela e o esposo já pensavam em se mudar dali pela violência estatal. Trezentos reais é o valor do auxílio-moradia pago pelo poder público municipal que algumas pessoas em situação de rua almejam conseguir para sair das ruas.

Era na sala do Programa que as pessoas em situação de rua tinham um espaço onde mais falavam que ouviam, onde demandavam, onde recebiam respostas por informações, onde eram vistos como seres humanos com uma história, necessidades e desejos concretos. Lá era possível ver as marcas no corpo de violências sofridas, por agentes das forças de ordem ou por outros sujeitos, e as dificuldades no enfrentamento de doenças

15. Os nomes citados ao longo das referências aos dados de campo são apenas representativos, a fim de preservar a identidade das pessoas.

graves, cuja ocorrência na vida na rua era tão frequente quanto na prisão, em maior proporção que na população geral, como a tuberculose, a sífilis e o HPV.

Maria de Fátima Cardoso (2018) observou como a população de rua evita a busca de serviços de saúde, onde sofrem forte discriminação, embora a vida na rua seja marcada por uma saúde debilitada, como a incidência 44 vezes maior de AIDS e a vitimização por lesões graves ou gravíssimas. Humberto foi acompanhado por uma profissional do PCPA a um hospital público, em outubro. Estava visivelmente abatido e com suspeitas de retorno dos sintomas da tuberculose. Mesmo com muitas dores, só no dia seguinte ele foi internado, após muita insistência da profissional do PCPA. Foi igualmente difícil que aceitassem a sua companheira, também em situação de rua, como acompanhante.

Em algumas audiências, quando lembravam, os juízes perguntavam sobre doenças graves, mas quase nada era registrado sobre isso nos APFs, diferente do que ocorreu na primeira prisão de Vívian. Se o fato de ter sífilis contribuiu para a sua liberdade em audiência de custódia seis meses antes, para Fernando a tuberculose só fez a juíza perguntar se ele estava se sentindo mal no momento da audiência para então seguir com as perguntas e, por fim, decretar sua prisão preventiva, desconsiderando que a doença tem incidência 30 vezes maior no cárcere do que fora dele[16].

Marcas de bala ou facadas, cicatrizes evidentes, hérnias não tratadas, pernas que não dobram, pés luxados e até mão parcialmente amputada atravessaram as audiências e foram, em geral, ignoradas. Os encaminhamentos pelo judiciário ao PCPA só costumavam ser influenciado por questões de saúde quando a própria pessoa dava destaque a um problema de saúde, o que não era recorrente, já que a falta de acesso a serviços é uma constante. Além disso, era preciso ser solto para dar a sorte de passar pela escuta qualificada da equipe do Programa. Caso a prisão fosse decretada, o destino era seguir direto para a viatura policial rumo ao presídio.

O espanto de um promotor de justiça ao analisar a ficha criminal – com uma ação penal e uma execução penal em curso e diversos processos arquivados – de um rapaz, este com residência fixa, desaguou na pergunta: "E tá vivo ainda?" Muito longe de demonstrar preocupação com a violência paraestatal ou as execuções extrajudiciais de agentes estatais na Bahia, que só não matam mais que os policiais de São Paulo e do Rio de Janeiro (FBSP, 2018), aquele ator processual, através dessa frase, revela mais do que a indiferença com as violências sobre determinados corpos, conforme verificado em pesquisas e relatórios institucionais (ROMÃO, 2017; CONECTAS, 2017).

Não são poucas as cenas no NPF que explicitam o "estilo" punitivo escravista que ultrapassou a própria escravidão e dá cara ao poder punitivo de hoje (BATISTA, 2007; 2011). Do lado de fora, na saída da sala, ainda é possível ver uma delas: jovens negros

16. As condições que favorecem contágio impedem também o próprio tratamento, expondo os pacientes a um elevado risco de agravamento da doença. Disponível em: [https://oglobo.globo.com/sociedade/saude/incidencia-de-tuberculose-em-presos-30-vezes-maior-do-que-na-populacao-geral-22540362]. Acesso em: 10.10.2019.

algemados, descalços, sentados no chão ou encostados na parede, roupas sujas ou rasgadas, à espera da sua audiência. É impactante um dos meios de se manter a ordem entre os deslocamentos acelerados de presos algemados. Em fila indiana, na "cordinha", são conduzidos por policiais, que atualizam velhas práticas que a desumanização dos corpos negros produz.

> "Num governo de oposição consentida, *no Rio dos anos setenta, uma foto publicada no Jornal do Brasil gerou um grande debate: nela, um sargento da Polícia Militar, como Vidigal fizera 150 anos atrás, conduzia em fila indiana meia-dúzia de favelados negros amarrados pelo pescoço por uma corda* [...] No ano em que Brizola morreu, 2004, com o trabalhismo derrotado não só pela social-democracia neoliberalizante, que negociara quase todo o patrimônio nacional, mas também por uma nova força política com ampla base sindical, que aumentaria a distribuição de renda mantendo porém a mesma política criminal superencarceradora, vigilantista e criminalizante das estratégias de sobrevivência populares, *mais de cem favelados negros do Morro da Providência, no Centro do Rio, foram conduzidos em fila pelas ruas até uma repartição policial, num cortejo similar ao de Vidigal.*" (BATISTA, 2011, p. 05-06) (grifos no original).

Nas audiências, há uma temperatura literalmente mais fria, em razão do intenso frio do ar condicionado, que destoa de qualquer outra sala que visitei no NPF. A própria equipe do PCPA vê no ar condicionado um elemento a mais de afastamento e intimidação, já que, muitas vezes, as pessoas em situação de rua estão sem camisa, descalços ou com roupas rasgadas e não possuem hábito de lidar com essa temperatura baixa nas ruas da cidade. Os próprios estudantes de graduação, com seus paletós, e os profissionais da CIAP que assistiam às audiências se queixavam, entre eles, acerca da temperatura bem mais baixa que em outros ambientes.

A Central de Alternativas Penais e Medidas Alternativas (CEAPA) – órgão da Secretaria de Administração Penitenciária – em atendimento a requerimento do juiz coordenador do NPF, e o PCPA mantêm um pequeno estoque de roupas e calçados, a fim de disponibilizar algumas blusas, shorts e sandálias para presos e presas que chegam seminus ou descalços. Ainda assim, muitas audiências são realizadas mesmo sem a pessoa presa estar completamente vestida, descalça ou com peças arranjadas que não lhe cabem no corpo.

As pessoas que são ouvidas nas audiências, em geral, estão algemadas, em um descumprimento rotineiro da Súmula Vinculante 11 do STF. Apesar de dois dos juízes demonstrarem uma maior atenção a esse aspecto, a sequência de várias audiências afrouxava esse controle. Boa parte dos policiais civis já entram na sala falando em voz baixa para os presos colocarem as mãos embaixo da mesa, sobre o colo, sendo comum os juízes não observarem ou ignorarem este momento. Entre os policiais, alguns se mantêm em pé ostensivamente, muito próximos ao flagranteados, enquanto outros sentam-se na cadeira reservada para eles. Desde a atividade de condução à atividade de decidir sobre a

liberdade ou continuidade da prisão de alguém, há uma noção de ordem que exige determinados comportamentos para reforçar as posições de autoridade e de verticalização.

Os presos deviam falar baixo, evitar contestar diretamente algum dos atores processuais, evitar falar enquanto outro ator processual fala e ter uma linguagem polida. Mas essa rigorosidade também podia ficar mais flexível e a alguns presos era cedido um melhor trato e maior oportunidade para se expressarem, por critérios distintos e nem sempre facilmente identificáveis. De outro lado, os atores da DPE-BA, MP-BA e TJBA se envolviam em conversas despojadas, como ocorre em qualquer repartição pública, sobre assuntos diversos e brincadeiras pessoais, que passavam por consumo de uísque a restaurantes onde haviam almoçado.

A questão é que isso, com frequência, acontecia quando os presos já estavam sentados à mesa, aguardando o início das suas audiências, nem sempre com a fome ou sede devidamente saciadas. Por duas vezes, vi a pessoa conduzida sorrir discretamente diante de alguma graça compartilhada entre os demais atores processuais, o que foi repreendido de imediato, com a alteração radical da expressão facial de quem se apressou para lhe manter no lugar de "outro": "tá rindo de quê?".

4.1. A antinegritude como limite às potencialidades dos encontros em audiências de custódia

Dentre todas as audiências observadas, as atitudes ríspidas dos juízes se direcionaram, de modo mais desproporcional, a homens negros de pele mais escura, com aparência estética relacionada a uma maior pobreza (como na vestimenta e na dentição) ou com linguagem mais próxima do "pretuguês"[17]. Nos casos em que observei uma maior exigência *a priori* para um comportamento adequado à ordem, os rapazes com este perfil receberam advertências ou silenciamentos, mesmo sem se exceder ou desrespeitar qualquer dos atores processuais.

Um desses presos, ao ser solto e atendido pelo PCPA, em razão de fazer uso abusivo de maconha, relatou que não conseguiu narrar sua versão de como foi preso por já ter sido repreendido repentinamente, de modo que passou a responder de forma monossilábica, com receio de que fosse mantido encarcerado. À equipe do PCPA ele mostrou marcas de agressão dos policiais, narrou sessões de tortura e a perseguição que sofria de uma mesma guarnição policial. Enquanto acontecia sua audiência, os profissionais do PCPA atenderam sua mãe, que lhes contou detalhes da história.

17. Lélia Gonzales (1984), ao problematizar as interfaces do racismo brasileiro, analisa como a crítica – historicamente racista – ao português falado errado no Brasil desconhece as marcas linguísticas de idiomas africanos, tanto aquelas que foram apropriadas pelo português formal como aquelas não recebidas. A essa soma de permanências em nossa língua, oriundas da contribuição negra na formação cultural da sociedade brasileira, a autora chama de "pretuguês".

Apesar de que outras variáveis pudessem contribuir para um trato desfavorável, como gravidade em abstrato ou em concreto do crime imputado, foi destaque o tratamento de um dos magistrados em relação a dois casos, em um mesmo dia. Um homem preto, de meia-idade, morador de um bairro da região do Miolo de Salvador, preso por ameaça à mãe sofreu diversas reprimendas morais e teve sua fala cortada muitas vezes sem um critério objetivo claro. A um homem branco, pastor evangélico, que, alcoolizado, agrediu severamente sua esposa, foi concedido compreensão, mais tempo de fala e sugestões de que voltasse para a igreja e deixasse de consumir bebida alcoólica.

A corporalidade marca, para Fanon (2008), os dilemas da representação estereotipada – de corpos brancos e negros – entre as invisibilidades que naturalizam as relações de poder que sistematicamente empurram o negro para a zona do não ser, um lugar que, embora não homogêneo, resiste enquanto mecanismo de desumanização (BERNARDINO-COSTA, 2016). Para João Vargas, a experiência negra contemporânea está inserida na gramática da antinegritude, onde sua posição estrutural na sociedade conforma o paradigma de humanidade e cidadania, em uma trans-historicidade de abjeção.

> "A violência gratuita equivale a um estado de terror que é independente de leis, direitos e cidadania (2017, p. 96-100). [...]
>
> Pessoas negras, inseridas em contexto de morte social, são descartáveis e são objeto de violência gratuita independente do que fazem. O mundo da política, da sociedade civil, do estado-império, é um mundo cuja lógica depende da morte negra, social e física (2017, p. 99)."

Dialogando com Fanon (2008), o autor situa que a vitimização da violência pelo fato de quem as pessoas são antecede a algo que fizeram, em um processo contínuo, que reatualiza os códigos da escravidão, independente do avanço da cidadania formal, vez que ocupam "uma posição única e incomunicável" (VARGAS, p. 96). Essa condição negra não legível em um mundo que depende da sua "presença ausente", de uma existência mórbida precisa ser reconhecida ao tentar interpretar a vivência de pessoas nas esferas punitivas, da rua a uma audiência de custódia no NPF.

Essas percepções sobre o tratamento no microcotidiano das várias audiências de custódia em um mesmo dia também se complexificam a partir da compreensão da interface do racismo estrutural, uma forma de racionalidade que permeia as relações sociais e estrutura instituições que acabam por reproduzir esta ordem social (ALMEIDA, 2018) em compasso com os lugares sociais percebidos através das dinâmicas de circulação no espaço do NPF. Isso permite ver como a branquidade emerge nesses espaços de poder – no NPF, todos os quatro juízes e os três promotores presentes nas audiências observadas eram brancos – de modo que se tem muito a descobrir a partir dos seus próprios discursos sobre o "outro" (FANON, 2008; FRANKENBERG, 2004).

Alguns estudos revelam como o judiciário tem um papel de centralidade na engrenagem punitiva, nem sempre com a função contramajoritária de contenção do poder

punitivo arbitrário e de promoção de garantias individuais. São exemplos disso a sistemática legitimação formal dos extermínios (ZACCONE, 2015), majoritariamente de jovens-homens-negros[18], por agentes do Estado, e o fomento a interdições de diversas esferas de liberdade provocadas pelo seu papel no grande encarceramento em curso. Se de um lado, medidas de contenção são usadas largamente para antecipar a pena, de outro, agrava-se a aplicação da pena jurídico-formal e retarda-se o controle constitucional de medidas autoritárias (FLAUZINA, 2017; CARVALHO, 2010; 2015).

É nesse contexto que se coloca o desafio de estudar o judiciário brasileiro, que, por estar inserido em uma sociedade racialmente desigual e contar com incipiente aparato de medidas antirracistas, naturaliza o racismo estrutural sistematicamente quando mobilizam dispositivos de controle durante encontros com pessoas presas. Um relatório da Defensoria Pública do estado da Bahia (2019) apresenta dados que, embora precisem de maior refinamento metodológico, apontam para um relevante caminho de pesquisa. Dentre as 17.793 pessoas conduzidas para o NPF entre setembro de 2015 e dezembro de 2018, os negros têm quase o dobro de chance de serem mantidos presos em Salvador, enquanto os brancos têm mais que o dobro de chance de ter sua prisão relaxada[19]. A audiência de custódia é um momento no qual se expõe e explicita a reprodução de preconcepções que marcam a atuação de profissionais jurídicos e, evidentemente, do judiciário, materializando opressões sociais de raça, gênero e classe na construção do lugar social que ocupam, como já bem trabalhado na importante pesquisa de Galvão e Alves (2018).

A sala de audiência se apresenta como um ambiente marcado por uma verticalização que impõe uma subordinação que não flerta com muitas contestações, mesmo que elas se dirijam a terceiros. A pessoa custodiada entra na sala e, após dois ou três passos, chega à cadeira onde deve se sentar, separado por uma longa mesa dos demais atores, onde na sua ponta direita está a defesa, na sua ponta esquerda o Ministério Público e na extremidade oposta, a magistratura. Essa lógica do não enfrentamento permeia também algumas posturas de advogados e defensores públicos, que se veem em posição de selecionar o que enfrentar, já que visam reverter uma delicada situação, que é a da restrição da liberdade de alguém. Como parte desse contexto, as decisões são marcadas por subjetivismos, que se afastam da objetividade das situações problemáticas que levaram as pessoas ao NPF.

Antes ou depois das audiências, ou seja, quando não há gravação de vídeo, são momentos especiais para observar elementos que fogem a essa objetividade dos fatos. Entre eles, ameaças de decretar prisão preventiva não relacionadas com os critérios legais, aplicação concreta de pena de admoestação verbal por promotores àqueles que reiteraram

18. Vilma Reis (2005) cunha a expressão "jovens-homens-negros" para marcar o reiterado perfil das vítimas do terrorismo de estado, de modo que aqui se faz uma alusão para reforçar a quase totalidade de homens negros entre as pessoas em situação de rua conduzidas ao Núcleo de Prisão em Flagrante.

19. Brancos representam 8,6%, enquanto pretos e pardos representam 4,3% das prisões relaxadas em Salvador neste período. Em relação a pretos e pardos, a prisão preventiva foi decretada na proporção de 40, 2%. Para os brancos, esse número cai para 27, 4%.

em crimes patrimoniais ou àqueles que eles consideram suspeitos de integrar algum grupo criminoso em razão de características físicas (como sobrancelhas e tatuagens)[20]. O contato presencial entre juízes, promotores e pessoas presas também pode reforçar uma postura de autoridade desregrada que se exerce negando ou concedendo um prêmio ou um favor, em vez de garantir o direito à liberdade ou decidir pela prisão apenas sob critérios objetivos e legais.

Um jovem preto com residência fixa, ouvido na reiterada prática de audiências de custódia, denominadas pelos atores jurídicos "paredão"[21], só descobriu a imputação de tráfico de drogas no NPF. Disse que havia sido preso "para averiguações" sob suspeita de um roubo que negou cometer. Nada foi debatido sobre a legalidade e as circunstâncias da prisão. Sem a Defensoria Pública presente, um promotor começou a inquirição:

— Você usa droga?

— Uso só maconha, senhor.

— Cocaína, não usa, não? ...você tem que se recolher – concluiu o promotor em tom paternalista.

— Hoje a gente tá bonzinho – acrescentou a juíza.

Em outra audiência, um homem negro de meia idade, vendedor em um depósito de bebidas, preso por dirigir alcoolizado alegou não ter ninguém para comunicar a prisão nem para pagar a fiança. A juíza hesitava em soltá-lo sem aplicar essa medida cautelar. Quando o defensor público pediu a redução do valor da fiança em razão das condições financeiras do seu assistido, que só podia contar no momento com o dinheiro que portava no momento da prisão, pouco mais de metade de um salário mínimo à época, a juíza falou: "Não é possível que a pessoa não tenha uma pessoa, um amigo, um familiar... pra quem se fale 'pegue aí um dinheiro pra me soltar'... Ah, e ele é comerciante...". No final da audiência, a juíza reduziu o valor da fiança – retendo a quantia que estava na carteira – mas afirmou, com ar de irresignação, que iria aplicar "todas" as medidas cautelares: "não vai frequentar festas nem bares, viu?" – disse ela em tom de reprimenda.

O objetivo de democratizar o acesso à justiça com um contato pessoal entre juiz e pessoa presa em flagrante, a fim de garantir ampla defesa e contraditório, não deixa de

20. Algo também observado pela pesquisa do IDDD (2019). As próprias pesquisadoras do projeto foram alvo do racismo, quando um escrivão em Salvador se referiu em tom jocoso ao cabelo "black power" de uma delas, dizendo que se um custodiado estivesse com aquele cabelo seria alvo de prisão preventiva na certa, o que provocou risos do(a) juiz(a).

21. Em Salvador, os atores jurídicos adotaram, pelo menos até o segundo semestre de 2019, esta prática para os casos em que vislumbram uma possível restituição da liberdade sem maior análise. A partir de um filtro prévio realizado, sobretudo pelo Ministério Público e pelo Judiciário, realizava-se um "acordo", onde se vê uma participação reduzida ou suprimida da defesa, de um lado, e um protagonismo do Ministério Público, de outro. Como não há registro e nem oitivas padronizadas e gravadas, o sinal é verde para lições de moral e esporros de toda sorte, perguntas invasivas e desconectadas com o fato, muitas vezes com o intuito de traçar o perfil criminoso da pessoa presa.

enfrentar questões relativas ao "senso comum teórico dos juristas" (WARAT, 1982) que transformam sujeitos sociais em objetos de poder, reproduzindo através de discursos e práticas jurídicas as desigualdades que se estruturam nas relações de classe, gênero e raça. Por isso, a importância de aprofundar, no estudo das práticas judiciais, como o direito reproduz determinada estrutura social (BERTÚLIO, 1989; ALMEIDA, 2018). Sueli Carneiro aponta a importante categoria da racialidade, enquanto "um dispositivo que produz um campo ontológico, um campo epistemológico e um campo de poder", que permite "compreender as relações desiguais, as desigualdades de tratamento e de condições sociais" (CARNEIRO, 2005, p. 51-52).

Quem é preso vivendo na rua leva às audiências seu acúmulo de experiências que o constituem como sujeitos, que de forma espontânea rompe com a ordem fria institucionalizada. As estratégias jurídicas para recuperar a liberdade não deixam de aderir, em parte, a submissões que invisibilizam as histórias de vida e desconsideram as possibilidades de humanidade. Ainda assim, os cuidados dos defensores públicos, omitindo a situação de rua ou dosando as formas de se expressar dessas pessoas, em prol do objetivo mais importante naquele momento – evitar a continuidade da prisão – nem sempre são suficientes para conter algumas individualidades.

Após Davi oferecer como endereço um local na cidade de Feira de Santana, o promotor, desconfiado, perguntou sobre alguma referência do local. Davi não soube dizer. O promotor perguntou se não tinha outro em Salvador. Ele disse que só tinha esse em Feira de Santana. Davi forneceu o contato de um familiar da sua cidade de origem, mas quando perguntado pelo magistrado se seus familiares já haviam sido comunicados da sua prisão, ele não ouviu e respondeu em voz alta "o quê?". A pergunta foi repetida e ele não ouviu de novo. Mãos sobre a mesa. Tronco inclinado pra frente. Cabeça bem levantada. Postura afrontosa. Voz alta. "Pretuguês" afiado, sem muitas concessões à linguagem formal. Davi brada, então, em tom de desabafo: "eu sou maloqueiro, rapaz, durmo na rua, tenho ninguém, não". O juiz, mantendo a calma, seguiu à próxima pergunta, também em voz baixa. Com mais confiança, Davi responde em voz alta "eu não escuto direito, não, mô pae" e sorri ironicamente.

No parecer oral do promotor, que terminou acatado pela decisão judicial, mesmo diante de um flagrante de furto simples, o pedido prisão preventiva se fundamentou na existência de condenação por roubo transitada em julgado contra Davi. Entre os argumentos também esteve a constatação de que ele "vive na rua da capital, foi beneficiado com várias medidas cautelares e sempre volta a delinquir". O promotor concluiu apressadamente um "comportamento voltado para a reiteração criminosa", citando duas ações penais em que Davi era réu.

As expressões faciais, a explosão da subjetividade, nesse raro momento que subverteu momentaneamente a ordem, sem advertência, e o sorriso de Davi revelaram uma rara exteriorização naquele ambiente. Uma perspectiva que vê com surpresa e curiosidade aquela cena jurídica, seus personagens engravatados e sua linguagem, onde não apenas se vê como o outro, mas estranha aquele padrão e normalidade que se impõe.

Em outro dia, Jonas, preto, meia-idade, entrou na sala de audiências descalço, pés bastante desgastados e postura destemida.

— Ele é craqueiro. Já veio aqui. Não aguento mais ele... De novo, Jonas? – disse uma juíza.

— É perseguição, doutora.

Enquanto Jonas se explicava, antes mesmo de sentar-se, a juíza comentou com um servidor público "tá vendo como ele tá todo articulado", ao permitir que Jonas continuasse espontaneamente comunicativo e eloquente. Já com uma narrativa da sua trajetória, como se estivesse ele mesmo advogando em causa própria, tentou convencer que não estava mais usando crack nem tinha mais condições físicas para cometer o delito de roubo que lhe imputavam. Aqui, houve uma tolerância ao "pretuguês", mas não ao volume que parecia natural da sua voz em seu cotidiano, ainda mais alta que a de Davi.

Ao dizer que já tinha sido membro de uma facção tempos atrás, mas que mudou de vida, suscitou a curiosidade do promotor, que começou a testá-lo sobre seus conhecimentos acerca deste grupo. Explorando o desejo de Jonas para se defender e conquistar os atores jurídicos, o promotor abusou da sua disponibilidade em contar detalhes da sua antiga experiência. Quando se incomodou e percebeu a estratégia do promotor, Jonas o interrompeu e com rapidez inverteu a inquirição de forma afrontosa.

— Você é o quê, juiz? – perguntou de modo firme.

— Promotor de justiça – respondeu com voz em tom mais baixo, de modo rápido e curto.

"Articulado", Jonas começou a fazer perguntas ao promotor sobre outras coisas que se referiam a sua nova vida, até que foi interrompido pela juíza. Na verdade, não houve propriamente uma audiência de custódia, mas o que os atores do NPF chamam de "paredão" que situa o grau de informalidade que pautou o ato que não seguiu o rito normativo. Ao final deste ato, Jonas tentou ser simpático a seu modo:

— O carro dela vou botar pra lavar de graça disse Jonas, em agradecimento pela "chance" que a juíza lhe daria de responder em liberdade — Vou botar os "maloqueiro" pra lavar de graça risadas, gemidos de reprovação e um "avemaria" saltaram na sala. Quando ele saiu, pode-se ouvir um comentário: "Deus é mais, vai botar os 'maloqueiro' pra lavar o carro da doutora", em tom de nojo e divertimento ao mesmo tempo.

Nada foi perguntado a Jonas sobre as circunstâncias da sua prisão em flagrante, que pela narrativa do próprio APF apresentava sérios indícios de ilegalidade. O flagrante presumido referente a sua detenção horas depois do crime, enquanto dormia meio quilômetro distante do local do fato, foi homologado e, conforme só verifiquei ao ler a decisão no sistema eletrônico, medidas cautelares diversas da prisão foram aplicadas, tudo sem qualquer debate entre a defensoria e a promotoria.

"Maloqueiro" é uma expressão com forte carga depreciativa que também serve para reproduzir a brutalização de homens negros. Apesar de seus diversos usos na linguagem informal, em Salvador ele é muito utilizado para se referir a usuários de drogas, pessoas

em situação de rua ou suspeitos de pequenos crimes, muitas vezes, constituindo uma categoria guarda-chuva que junta todas essas definições em um sentido de morte social.

Jonas e Davi, por sua vez, mobilizaram o termo, em uma reorientação subversiva de significados associados aos corpos negros. A ambiguidade desta identidade pode seguir as pistas deixadas por Pinho (2005) e ampliar os sentidos de masculinidade negra produzidos na vida nas ruas de Salvador. São as distintas posições de poder por vivenciar o gênero e a classe através da raça que podem provocar reflexões sobre jeitos diferentes de viver e enfrentar os silenciamentos impostos em audiências criminais. Luciana Fernandes (2018, p.140), observando audiências de mulheres presas por tráfico de drogas, trabalha os gritos silenciados, na imposição de um lugar de "telespectadoras das próprias vivências".

A oitiva de Jonas apresentou uma complexidade de interação entre os atores só não mais marcante que a de Aquiles, que resolvera não seguir o conselho da DPE-BA para omitir que vivia nas ruas. Ao contrário, disse à juíza que bastava lhe procurar no seu território. As experiências dos dois perante os atores processuais revelam uma desumanização que, em vez de descartar a voz do outro pelo corte, diverte-se com ela de forma grotesca, com a oportunidade de ter o exótico se manifestando à sua frente.

Aquiles, que dizia viver há trinta anos nas ruas, entrou com pés descalços, machucados e desgastados. Durante a audiência, disse trabalhar como guardador de carros, além de compositor e poeta, o que gerou uma das cenas mais emblemáticas observadas naquela sala. Após a última audiência do dia, encerrada a gravação audiovisual do ato, o promotor se aproveitou por quase dez minutos mais tempo que a própria audiência da indiferença de Aquiles aos risos de quase todos na sala. Entre risadas, o promotor pediu para que ele cantasse os seus raps e o mostrou fotos de Pixinguinha e Luiz Melodia no celular, perguntando se Aquiles os conhecia, pois considerava ambos parecidos fisicamente com ele. Chegou a perguntar se Melodia era seu pai, percebendo que Aquiles não apresentava condições plenas de compreensão. Durante esta cena, o juiz tinha ido ao gabinete. O defensor público se manteve calado. O policial da custódia, os servidores e outros dois estudantes serviram de plateia sorridente ao espetáculo espontâneo.

Jonas falou alto e falou muito para conquistar um espaço de credibilidade na sua autodefesa em busca de reconquistar sua liberdade com argumentos diversos. Aquiles também falou alto e reiterou uma performance de "maloqueiro", principalmente quando narrou uma briga com outro guardador de carros, ao responder se já havia sido preso. Embora apresentassem mais diferenças que semelhanças, estas eram o que marcava um não lugar na audiência. Ambos foram objetos de um tratamento jocoso, através da prática do racismo que tem um caráter recreativo por estereótipos que segundo Adilson Moreira (2019, p. 29) "são os mesmos que motivam práticas discriminatórias contra minorias em outros contextos".

Através da percepção da dimensão política dos estereótipos, Adilson Moreira (2019) trabalha a noção de microagressões, que englobam tanto atos de desprezo quanto microinsultos não intencionais, como parece ser o caso das práticas dos atores jurídicos

aqui observadas. Em um cenário de suposta cordialidade, por conta da blindagem de décadas do chamado mito da democracia racial, a intolerância vai muitas vezes, ser percebida sem que haja manifestações abertas de racismo. Isso não afasta a reprodução de valorações culturais e de um ideal de superioridade por grupos em uma escala mais elevada nas hierarquias sociorraciais (MOREIRA, 2019), sobretudo no novo ambiente que é a sala de audiência com alguém recém-preso.

Aquiles, ignorando os limites de atuação dos atores jurídicos em uma audiência de custódia, pediu ajuda para receber um prêmio a que dizia ter direito junto a um órgão público federal. "Acho que você vai ter um prêmio hoje", respondeu ironicamente o promotor, que havia requerido sua prisão preventiva. Preso por um furto simples tentado, sem lesividade concreta ao bem jurídico, Aquiles foi enviado a uma unidade prisional por "não declinar um local específico para que pudesse ser encontrado" e cientificado de atos processuais. A decisão judicial se fundamentou ainda nas condições pessoais de Aquiles, que "revelam sua periculosidade e a reiteração delitiva", já que em seu registro constava uma execução de pena, em regime aberto, relativa a um roubo tentado.

Longe de ser debatido o relaxamento da prisão por ausência de tipicidade do suposto fato criminoso, pesou contra ele um processo de execução da pena referente a um roubo – também sem prejuízo efetivo à vítima – além de sua condição de vida na rua. A decisão cita ainda uma execução penal provisória, sem perceber que se trata de outro rapaz, homônimo, que praticou um crime em uma cidade 140 quilômetros distante de Salvador. O documento que mais se espera no NPF, a decisão judicial, tende a ser repetitivo, como já o era antes dos encontros presenciais entre juízes e pessoas presas. Aproveitando diversos parágrafos de outras decisões, em pouco espaço, individualiza, quando o faz, a fundamentação sobre a homologação do flagrante e a aplicação de medidas cautelares.

Dos relatos de violência e tortura mais sufocantes às reprimendas hostis ou admoestações verbais a bel prazer em sala de audiência, nos "paredões" ou nos momentos entre audiências, quem apenas consulta o documento pode nem saber que a pessoa encontrou juízes ou se deslocou entre delegacia, NPF – às vezes, mais de uma vez, pois pode não ter dado tempo de realizar sua audiência e ter tido que voltar no dia seguinte – e complexo penitenciário.

Uma pesquisa no presente que pode observar um documento judicial sendo produzido na prática, através do encontro de atores jurídicos com pessoas presas, ganha outra dimensão de análise. Especialmente, quando se dirige aos destinos entre a liberdade e a prisão que são expostos nas decisões judiciais, após a colheita dos pareces orais em audiências, reduzidos a termo de forma bastante sucinta e genérica.

5. Considerações finais

As análises que atravessam este artigo não questionam o avanço que representa as audiências presenciais e, especialmente, as audiências de custódia, que chegaram

tardiamente à prática judiciária brasileira. Ao contrário, elas se voltam para uma discussão sobre o aprimoramento desse momento processual, apontando alguns desafios emblemáticos. A pesquisa tentou problematizar algumas das limitações desta cena jurídica, através da rica contribuição da técnica metodológica da observação, que possibilitou produzir reflexões a partir de uma cena na qual o exercício das funções de seus atores permite perceber um judiciário que é levado a se colocar contra o espelho. O microcotidiano expõe práticas que reproduzem desigualdades estruturais e limitam as possibilidades de garantia de direitos para determinados corpos que não são vistos como sujeitos nas audiências de custódia.

A experiência, nas salas frias das audiências, vivida por homens negros em situação de rua, que ocupam um singular patamar da negação da existência, por força de condições materiais produzidas entre a herança escravista da conformação sociorracial da pobreza e a acentuação da produção neoliberal da miséria, permitiu complexificar distintas facetas que atravessam a execução de um instrumento concebido para a promoção de direitos humanos.

Os limites das estratégias antipunitivas que não acessam a gramática do racismo e seus efeitos estruturantes nas relações sociais e nas instituições jurídicas leva a transcender a constatação de uma mera inversão ideológica nas propostas que seriam alternativas à prisão e objetificação. A antinegritude que permeia a circulação, as audiências, os "paredões", a experiência das famílias e o controle das liberdades precárias coloca como primeira questão a barreira da humanidade, expondo a fragilidade da tradição hegemônica de direitos humanos (FLAUZINA, 2014).

O trabalho buscou relacionar o dentro e o fora das audiências, analisando como a noção de segurança e a definição de lugares sociais bem demarcados no espaço multi-institucional em que se realizam as audiências de custódia se articulam por meio de um corte racialmente produzido para situar limites no acesso ao patamar de reconhecimento enquanto sujeito, independente da garantia formal de direitos fundamentais.

A partir da opção metodológica de uma observação em movimento, a análise dos lugares sociais deixa uma pista de como a conformação do ideal de segurança e a verticalização de uma ordem "do fora" – antessala de espera, salas institucionais, entrada do órgão judicial – compartilha semelhanças com a prática "do dentro" – salas de audiência –, especialmente em relação à promotoria e à magistratura que, entre debates e decisões judiciais, costuram o destino de uma pessoa presa em flagrante.

A interdição da existência e a relação dinâmica de uma "presença ausente", que forja o paradigma de humanidade, devem ser reconhecidas ao tentar interpretar a vivência corpos e sujeitos nas esferas punitivas. A indiferença com as dores, as circunstâncias de abuso policial e as condições materiais das pessoas presas em situação de rua precisam ser teorizadas. Mesmo próximos delas, muitas vezes os atores jurídicos exerciam uma capacidade de não olhar para as pessoas, de manter o olhar entre os iguais, de tratar os "outros" como objetos sobre os quais se debateria por uns minutos. Tem-se, ainda, a imprescindibilidade de investigar a fundo como a branquidade opera nos espaços de poder,

nas miudezas das práticas cartorárias, que levam ao uso de importantes mecanismos na gestão do controle, como a prisão cautelar e as medidas diversas da prisão.

A oralidade grita entre a ruptura e a produção de silenciamentos, o que provoca um corte de análise que aprofunda a produção escrita automatizada de decisões que restringem liberdades, já que estes documentos se valem tradicionalmente de diversos mecanismos para blindar os atores que subjugam corpos para além da posição de suspeitos da prática de um delito. As resistências masculinas de sujeitos em situação de rua, a partir da zona do não ser, às violências e hierarquizações produzidas nestes encontros, foram analisadas junto a práticas e discursos de atores jurídicos que mobilizam os instrumentos de controle formal, durante e após as audiências de custódia. Essa forma de abordagem pode complexificar o estudo sobre a gestão do poder punitivo e refletir sobre caminhos possíveis para o reconhecimento de humanidade de grupos subalternizados, que intervêm no conteúdo dos direitos a partir das suas experiências.

Por ora, a pesquisa aponta para uma compreensão da oralidade no processo penal que seja articulada com o acúmulo teórico-metodológico de estratégias que considerem a chamada corpo-política do conhecimento (BERNARDINO-COSTA, 2016), o que demanda um maior aprofundamento sobre as performances, os ditos e os não-ditos que marcam as experiências de corpos que vivenciam distintos lugares na hierarquização sociorracial alijada em sólidas bases coloniais.

Referências

AKOTIRENE, Carla. *Ó praí, Prezada!* Racismo e sexismo institucionais tomando bonde no Conjunto Penal Feminino de Salvador. São Paulo: Pólen, 2020.

ALMEIDA, Silvio Luiz de. *O que é racismo estrutural?* Belo Horizonte: Letramento, 2018.

ARANTES, Paulo. Zonas de espera: uma digressão sobre o tempo morto da onda punitiva contemporânea In: BATISTA, Vera Malaguti (Org.). *Loic Wacquant e a questão penal no capitalismo neoliberal*. Rio de Janeiro: Revan, 2012.

BATISTA, Nilo. Pena pública e escravismo. In: NEDER, Gizlene (Org.). *História & direito*: jogos de encontros e transdisciplinaridade. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

BATISTA, Nilo. Sobre el filo de la navaja. In: *Revista EPOS*; Rio de Janeiro – RJ; v. 2, n. 1, jan.-jun. 2011.

BERGALLI, Roberto. A instância judicial. In: BERGALLI; Roberto; RAMIREZ, Juan Bustos. *O pensamento criminológico II*: estado brasileiro. Rio de Janeiro: Revan, 2015.

BERNARDINO-COSTA, Joaze. A prece de Fanon: oh, meu corpo, faça de mim sempre um corpo que questiona!. In: *Civitas*, Porto Alegre, v. 16, n. 3, p. 504-521, 2016.

BERTÚLIO, Dora Lúcia de Lima. Direito e relações raciais: uma introdução crítica ao racismo. Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal de Santa Catarina, 1989.

BEVILÁQUA, Ciméia. Etnografia do Estado: algumas questões metodológicas e éticas. In: *Revista Campos*, Curitiba, 3, 2003.

BINDER, Alberto. *Elogio de la audiencia oral y otros ensaios*. Monterrey: Coordinación Editorial, 2014.

BIONDI, Karina. Junto e misturado: imanência e transcendência no PCC. Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal de São Carlos, 2009.

CARDOSO, Maria de Fátima. Viver nas ruas: uma etnografia sobre o cotidiano de vitimizações da população em situação de rua no centro de Salvador. IN: *Seminário do Núcleo de Estudos em Sanção Penal da UFBA*. Salvador, 2018.

CARNEIRO, Sueli. A construção do outro como não-ser como fundamento do ser. 2005. 339 f. Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-Graduação em Educação, Universidade de São Paulo, São Paulo. 2005.

CARVALHO, Salo de. *O papel dos atores do sistema penal na era do punitivismo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

CARVALHO, 2015. O encarceramento seletivo da juventude negra brasileira: a decisiva contribuição do poder judiciário. In: *Revista da Faculdade de Direito da UFMG*, Belo Horizonte, n. 67, jul.-dez. 2015.

COMFORT, Megan. A punição além do infrator legal. In: *Discursos Sediciosos*: crime, direito e sociedade, ano 15, v. 17/18, 2010.

CONECTAS Direitos Humanos. *Tortura blindada*: como as instituições do sistema de justiça perpetuam a violência nas audiências de custódia. 2017.

DAVIS, Angela. *Estarão as prisões obsoletas?* Boitempo: São Paulo, 2018.

DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DA BAHIA. *Relatório das audiências de custódia na comarca de Salvador (anos 2015 a 2018)*. Salvador: ESDEP, 2019.

FANON, Frantz. *Pele negra, máscaras brancas*. Salvador: EDUFBA, 2008.

FERNANDES, Daniel Fonseca. O ensino entre pedras e grades: percepções sobre a educação escolar na Penitenciária Lemos Brito. Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal da Bahia, 2018.

FERNANDES, Luciana Costa. Como as juízas mulheres julgam mulheres pelo tráfico de drogas: discursos criminológicos reforçando privilégios e silenciamentos na cidade do Rio de Janeiro. Dissertação (Mestrado) – Universidade do Estado do Rio de Janeiro, 2018.

FERREIRA, Carolina Costa. Audiência de custódia: instituto de descarcerização ou de reafirmação de estereótipos?. In: *Revista Justiça do Direito*, v, 31, n.2, p.279-303, maio.-ago. 2017.

FLAUZINA, Ana Luiza Pinheiro. A medida da dor. In: FLAUZINA, Ana; PIRES, Thula (Orgs.). *Encrespando* – Anais do I Seminário Internacional Refletindo

a Década Internacional dos Afrodescendentes (ONU, 2015-2024). Brasília: Brado Negro, 2016.

FLAUZINA, Ana Luiza Pinheiro. As fronteiras raciais do genocídio. In: *Revista de Direito da UNB*, Brasília, v. 01, n. 01, jan.-jun. 2014.

FLAUZINA, Ana Luiza Pinheiro. Apresentação. In: ALEXANDER, Michelle. *A nova segregação*: racismo e encarceramento em massa. São Paulo: Boitempo, 2017.

FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir*: nascimento da prisão. 42. ed. Petrópolis: Vozes, 2014.

FOUCAULT, Michel. *A sociedade punitiva*: curso no Collège de France (1972-1973). São Paulo: Martins Fontes, 2015.

FRANKENBERG, Ruth. A miragem de uma branquidade não-marcada. In: WARE, Vron (Org.). *Branquidade*: identidade branca e multiculturalismo. Rio de Janeiro: Garamond, 2004.

GALVÃO, Giovana Mendonça; ALVES, Fábio Ataíde. A seletividade penal como óbice à eficácia das audiências de custódia implementadas em Natal/RN. In: *Revista Direito e Liberdade*, Natal, v. 20, n. 3, p.83-112, set.-dez. 2018.

GODOI, Rafael. *Fluxos em cadeia*; as prisões em São Paulo na virada dos tempos. São Paulo: Boitempo, 2017.

GONZALES, Lélia. Racismo e sexismo na cultura brasileira. In: *Revista Ciências Sociais Hoje*. Anpocs, p. 223-244, 1984.

GONZALEZ, Leonel Postigo. Bases para a reforma processual penal no Brasil: lições a partir da experiência na América Latina. In: BALESTEROS, Paula (Coord.). *Desafiando a inquisição*: ideias e propostas para a reforma processual no Brasil. CEJA/JSA: Santiago, 2017.

INSTITUTO DE DEFESA DO DIREITO DE DEFESA. *O fim da liberdade*: a urgência de recuperar o sentido e a efetividade das audiências de custódia. 2019.

INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA (IPEA). Texto para discussão 2246: estimativa da população em situação de rua no Brasil. Brasília, Rio de Janeiro: IPEA, 2016. Disponível em: [http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/TDs/26102016td_2246.pdf]. Acesso em: 31.03.2020.

KULLER, Laís; DIAS, Camila. O papel do preso nas audiências de custódia: Protagonista ou marginal? In: *Dilemas – Revista de Estudos de Conflito e Controle Social*, Rio de Janeiro, v. 12, n. 2, p. 267-287, mai.-ago. 2019.

MARCONI, Marina de Andrade; LAKATOS, Eva. *Fundamentos de Metodologia Científica*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

MBEMBE, Achille. *Crítica da razão negra*. 2. ed. Lisboa: Antígona, 2017.

MINISTÉRIO DO DESENVOLVIMENTO SOCIAL (MDS). *Pesquisa Nacional sobre a População em situação de rua. Brasília*. 2009. Disponível em: [www.mds.gov.br/webarquivos/publicacao/assistencia_social/Livros/Rua_aprendendo_a_contar.pdf]. Acesso em: 08.09.2020.

MOREIRA, Adilson José. *Racismo recreativo*. São Paulo: Sueli Carneiro Pólen, 2019.

NEDER, Gizlene. Cidade, Identidade e Exclusão Social. In: *Revista Tempo*. Rio de Janeiro, n. 3, p. 106-134, 1997.

MUNANGA, Kabengele. *Uma abordagem conceitual das noções de raça, racismo, identidade e etnia*. Seminário Nacional Relações Raciais e Educação. Rio de Janeiro, 2003.

OLIVEIRA; Fabiana. SILVA, Virgínia. Processos judiciais como fontes de dados: poder e interpretação. *Sociologias*, ano 7, 13, p.244-259, 2013.

PEIRANO, Mariza. Etnografia não é método. *Horizontes Antropológicos*, Porto Alegre, ano 20, n. 42, p. 377-391, jul.-dez. 2014.

PINHO, Osmundo. Etnografias do *brau*: corpo, masculinidade e raça na reafricanização em Salvador. In: *Estudos feministas*, v.13, n.1, p. 127-145, jan.-abr. 2005.

PIRES, Álvaro. Amostragem e pesquisa qualitativa: ensaio teórico e metodológico. In: POUPART et al. *A pesquisa qualitativa*: enfoques epistemológicos. Petrópolis: Vozes, 2014.

PIRES, Thula. Criminologia crítica e pacto narcísico: por uma criminologia apreensível em pretuguês. In: *RBCCRIM*, v. 135, ano 25, p. 541-562. São Paulo: RT, 2017.

PRADO, Daniel Nicory do. *A prática da audiência de custódia*. Salvador: Editora Juspodivm/Faculdade Baiana de Direito, 2017.

PRADO, Geraldo. *Sistema acusatório*: a conformidade constitucional das leis processuais penais. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

PROJETO AXÉ. *Cartografias dos desejos e direitos*: mapeamento e contagem da população em situação de rua na cidade de Salvador - Bahia. Salvador, 2017.

RAMOS, Alberto Guerreiro. *Introdução crítica à sociologia brasileira*. Rio de Janeiro: Editora UFRJ, 1995.

REIS, Vilma. Atucaiados pelo Estado: as Políticas de Segurança Pública Implementadas nos Bairros Populares de Salvador e suas Representações, 1991-2001. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Filosofia e Ciências Humanas da Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2005.

ROMÃO, Vinícius de Assis. Rua e cárcere: uma análise da criminalização da pobreza negra através da assistência jurídica gratuita na Cadeia Pública de Salvador. In: *Seminário Internacional de Pesquisa em Prisão da ANDHEP*, 2., 2016, Petrópolis. [*Anais*].

ROMÃO, Vinícius de Assis. A violência contra pessoas presas em flagrante e a observação de audiências de custódia em Salvador. In: *RBCCRIM*, ano 25, n. 128, 2017.

ROMÃO, Vinícius de Assis. *Entre a vida na rua e os encontros com a prisão*: um estudo a partir das audiências de custódia. Dissertação (Mestrado) – Universidade do Estado do Rio de Janeiro, 2019.

SOVIK, Liv. Aqui ninguém é branco: hegemonia. In: WARE, Vron (Org.). *Branquidade*: identidade branca e multiculturalismo. Rio de Janeiro: Garamond, 2004.

TEIXEIRA, Yuri Serra. *Do grande encarceramento à audiência de custódia*: reflexões etnográficas sobre a seletividade penal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

VARGAS, João H. Por uma mudança de paradigma: antinegritude e antagonismo estrutural. In: FLAUZINA, Ana; VARGAS, João (Orgs.). *Motim*: Horizontes do genocídio antinegro. Brasília: Brado Negro, 2017.

WARAT, Luís Alberto. Saber crítico e senso comum teórico dos juristas. In: *Revista Sequência - UFSC*, v. 03, n. 05, 1982.

ZACCONE, Orlando. *Indignos de vida:* a forma jurídica do extermínio de inimigos na cidade do Rio de Janeiro: Rio de Janeiro: Revan, 2015.

Pesquisas do Editorial

Veja também Doutrinas relacionada ao tema

- Audiência de custódia ou de apresentação do preso: análise crítica da disciplina normativa prevista no Projeto de Lei do Senado 554/2011, de Flávio da Silva Andrade – *RBCCrim* 137/223-252 (DTR\2017\6622);
- Audiência de custódia: ato processual juridicamente aceitável e útil?, de Rafael Osvaldo Machado Moura e Marcela Busnardo dos Santos – *RBCCrim* 131/367-399 (DTR\2017\914); e
- A audiência de custódia frente à cultura do encarceramento, de Carlo Velho Masi – *RT* 960/77-120 (DTR\2015\13234).

A face ideológica do Direito Penal progressista: potencialidades do materialismo histórico-dialético à crítica da dogmática penal

The ideological progressist Criminal Law: potentialities of historical-dialectical materialism to the critique of penal law

Bruna Rachel de Paula Diniz

Doutoranda em Direito Penal pela Universidade de São Paulo. Mestra em Direito Penal pela Universidade de São Paulo. Professora de Direito Penal na Universidade Ibirapuera São Paulo-SP.
ORCID: [https://orcid.org/0000-0002-5665-5618].
bruna.diniz@usp.br

Recebido em: 06.01.2020
Aprovado em: 11.08.2020
Última versão da autora: 28.08.2020

Áreas do Direito: Fundamentos do Direito; Penal

Resumo: O presente trabalho tem como objetivo descrever os limites emancipatórios do Garantismo Penal como ferramenta apta a coibir violações de direitos no Sistema de Justiça Criminal a partir da crítica orientada pelo materialismo histórico-dialético. Para tanto, inicia-se com a descrição da metodologia adotada no trabalho e das suas diferenças em relação ao método positivista próprio da Dogmática Penal, bem como apresenta-se a crítica marxista ao Direito Penal, tendo como norte a obra de Eugeni Pachukanis. Após essa etapa inicial, são trazidos os pontos basilares do Garantismo Penal para, posteriormente, verificar de que forma as premissas garantistas poderiam cumprir um papel ideológico para encobrir violências inerentes à sanção penal, tendo como fio condutor a contribuição de Louis Althusser no estudo da Ideologia e dos Aparelhos Repressivos de Estado. Ao final, discute-se as implicações que a forma de crítica adotada pode

Abstract: The present work aims to identify the emancipatory limits of the Minimal Penal Law as a tool to prevent rights violations in the Criminal Justice System and also to discuss a distinct form of critic of the Dogmatic oriented by Minimal Penal Law. Therefore, I initiate with methodological considerations to explain how the positivist method is used in the Dogmatic and, then, I present a different methodological proposal, oriented by historical-dialectic materialism, which is able to explain the way the Criminal Justice System operates found in the works of Eugeni Pachukanis. In the next section, I show the basis of Minimal Penal Law and analyze how it can have an ideological role, hiding inherent forms of violence in the Penal System, with the help of the works of Louis Althusser in the study of Ideology and the State's Repression Apparats. In the last section, I discuss the potential that a critic oriented by the historical-dialectic

trazer a um Direito Penal consciente de suas tarefas frente à cruel realidade do Sistema de Justiça Criminal.

materialism can bring to the construction a Dogmatic aware of its tasks in face of the reality of the Penal System today. The present work aims to describe the emancipatory limits of Minimal Penal Law as a tool to prevent rights' violations in the Criminal Justice System, using a critical perspective oriented by historical-dialectical materialism. Therefore, it initiates describing the methodological approach adopted and its differences in relation to the positivist method typical of Penal Law. This first section also presents the Marxist critic of Penal Law, based on the works from Eugeni Pachukanis. In the next section, the paper shows the basis of Minimal Penal Law and analyzes how it can have an ideological role, hiding inherent forms of violence in the Penal System, as described in the contributions from Louis Althusser in the study of Ideology and the State's Repression Apparats. The last section discusses the implications that the form of critic here adopted might bring to a Penal Law that is aware of its tasks when facing the cruel reality of the Criminal Justice System.

Palavras-chave: Aparelho repressivo de Estado – Crítica marxista do direito – Garantismo penal – Ideologia.

Keywords: State's repression apparat – Marxist critic of law – Minimal penal law – Ideology.

El problema del positivista es que él no piensa, no generaliza: esclavo del detalle, no se distrae del mundo.
Luiz Sérgio Duarte

Sumário: Introdução. 1. A importância do método para a crítica: mais que uma digressão metodológica. 2. As fundações do Garantismo Penal: das formulações da Escola Clássica às reelaborações modernas. 3. A face ideológica do Garantismo. Conclusões. Referências.

Introdução

Não é incomum encontrar em trabalhos voltados à dita crítica do Sistema de Justiça Criminal a constatação de que as Instituições que o permeiam, sejam elas judiciais ou

administrativas, não aplicam as garantias previstas no amplo arcabouço de princípios constitucionais penais e na legislação infraconstitucional.

Nessa linha, diversos desses trabalhos passam por um raciocínio semelhante: partem da constatação de uma violação de direitos fundamentais relacionada à aplicação da sanção penal, seja ela sofrida pelo sujeito a ser punido ou pela própria vítima; passam à apresentação dos princípios norteadores do Direito Penal que teriam sido violados, por vezes também mostrando os dispositivos legais descumpridos ou cumpridos parcialmente e, ao final, concluem por um descompasso entre o plano do *dever ser* e a realidade.

Esse caminho leva a conclusões que são verdadeiras. De fato, o Sistema de Justiça Criminal é permeado por uma infinidade de violências, sejam elas sofridas pelo sujeito a ser punido ou pela própria vítima da conduta tipificada e o amplo rol de princípios penais desenvolvidos doutrinariamente e positivados é realmente contrário a tais formas de afronta a direitos humanos.

Essas conclusões acabam por demonstrar seus limites quando, após constatarem a referida distância entre o que existe na realidade do Sistema Penal e o conteúdo dos princípios que o deveriam nortear, propõem uma série de intervenções possíveis no âmbito jurídico, tais como: alterações legislativas, formulação de políticas públicas ou adequação da forma de decisões judiciais. Isso, porque várias dessas chamadas *propostas de intervenção* acabam por nunca serem implementadas ou, quando o são, acontecem de maneira muito distante daquela idealizada, recorrentemente sob a justificativa de falta de recursos econômicos.

Assim, as propostas acadêmicas de crítica ao sistema penal que se valem do legado teórico do Garantismo, parecem inevitavelmente se chocar contra uma realidade (cada vez mais) refratária aos seus pressupostos e, desse modo, esvaziam-se de potencial teórico explicativo e de possibilidade de mudanças na realidade das vítimas do Sistema Punitivo.

Com esse panorama, uma maneira lógica de tentar propor uma alternativa a esse *beco sem saída* que é o conflito entre o *ser* e o *dever ser* das Instituições Penais seria dar um passo atrás e refletir sobre a forma como a crítica pretendida é formulada e sobre como é construído teoricamente o próprio Garantismo Penal, antes de tomá-lo como um ideal a ser perseguido.

Para colocar em prática essa proposta de reflexão sobre a forma de realização da crítica ao Direito Penal, trago a noção de *Leitura Sintomal* de Luis Athusser, pela qual uma análise rigorosa deve ter como primeira etapa a compreensão dos argumentos de determinada proposta teórica dentro de sua própria lógica de proposições, isto é, "através de seu próprio discurso". Superada essa compreensão interna inicial, deve ser feita uma segunda leitura, na qual o objetivo é analisar o texto não apenas no que nele consta em sua

literalidade, mas reconhecer em suas lacunas e suas ausências o que há para além do discurso enunciado. (ALTHUSSER, 1979, p. 17-18)[1].

Para tanto, divido este artigo em quatro partes. Na primeira, trato dos pressupostos teóricos e metodológicos que adotarei como nortes de crítica ao Sistema de Justiça Criminal; na seção seguinte apresento o desenvolvimento histórico do Garantismo Penal em suas diversas manifestações; na terceira parte trago as críticas já feitas ao Garantismo e avalio quais delas seguem a mesma linha da forma crítica que adoto; na parte final discuto a possibilidade do Garantismo Penal ter um papel ideológico dentro do Sistema Penal e quais as consequências disso para atuações que se dizem transformadoras da Justiça Penal e do Sistema Prisional.

1. A importância do método para a crítica: mais que uma digressão metodológica

Essa lógica de primeiramente compreender o que é produzido cientificamente para depois entender suas lacunas e eventuais problemas é útil para a escolha de uma metodologia apta a fomentar uma crítica diferente daquela normalmente encontrada nos trabalhos que se voltam a analisar o Sistema Penal. Para tanto, de início proponho discutir o que estrutura metodologicamente as posições do Garantismo, como o primeiro passo da leitura sintomal apresentada.

O Garantismo, da forma como é construído teoricamente e na sua relação com a Dogmática Penal, segue o método positivista. É importante diferenciar a proposta metodológica que aqui apresento do que se compreende por Positivismo Jurídico ou pela Escola Positivista da Criminologia, já que, apesar desses dois últimos terem suas bases no método homônimo, não se confundem com ele.

O Positivismo, quando aplicado às Ciências Sociais, é caracterizado por Michel Löwi (2003, p. 17-18) a partir de três premissas principais: (i) a noção de que a sociedade é regida por leis naturais, voltadas à harmonia sistêmica e sem possibilidade de agência humana, (ii) a ferramenta primordial para compreensão desses fenômenos sociais advém das ciências naturais e (iii) as ciências sociais devem ser objetivas, neutras e se limitarem a observar fenômenos causais e propor explicações livres de julgamento de valor.

Entre todas essas premissas, aquela que mais encontra ressonância na produção acadêmica é a ideia de neutralidade científica, que seria atingida a partir de uma metodologia apta a destacar o cientista da realidade em que está inevitavelmente inserido e elevá-lo a um patamar de observação superior. Nesse local distanciado, sua tarefa é aplicar as

1. Althusser oferece como exemplo de operação da Leitura Sintomal a forma de construção da análise de Marx em O Capital, já que na Obra o ponto de partida é a compreensão da Economia Política Clássica em seus próprios termos, para em seguida se produzir uma crítica apta a trazer elementos aparentemente ausentes nessa leitura inicial.

ferramentas abstratas da teoria às suas observações sobre a realidade concreta, como se fossem a chave e a fechadura que deveriam se encontrar para estarem adequadas.

Nessa forma de fazer acadêmico que em teoria promove neutralidade e estabilidade à ciência, surgem também resultados, muitas vezes, pouco satisfatórios, quando não problemáticos. Na primeira hipótese poderia colocar justamente a inquietação que apresentei há pouco na introdução, de uma teoria que parece não compreender por completo a realidade ou que parece exigir sempre que ela se adeque ao seu ideal explicativo e, na segunda hipótese, distorções presentes em manifestações como a Criminologia Positivista.

Feita essa constatação acerca do positivismo, minha proposta aqui é pensar com uma premissa epistemológica distinta. Para tanto, valho-me da crítica ao Direito construída por Eugeni Pachukanis (e aplicada por outros autores) com base nos pressupostos teóricos do materialismo histórico-dialético. Essa escolha se deve ao desejo de compreender a forma como o Garantismo Penal e seus princípios decorrentes operam na Dogmática e na realidade concreta, para além da dicotomia ser/dever ser. Isto é, para além da ideia de que as formulações teóricas dogmáticas são respostas suficientes e *esclarecidas* para direcionar a análise do Sistema de Justiça Criminal e promover mudanças sobre ele.

O materialismo histórico-dialético apresenta uma via de superação da epistemologia positivista e de seus possíveis desdobramentos idealistas, na medida em que não compreende a realidade como um material *bruto* que vai ter sua verdade revelada pelo pesquisador. Para ele, ao contrário, a realidade não é simplesmente traduzida em dados empíricos, mas é trabalhada na forma de um *concreto pensado*, isto é, a partir de uma elaboração que é a abstração da realidade material por meio de uma construção conceitual, como explica Flávio Batista:

> "O processo de desenvolvimento da realidade ocorre de maneira diversa do processo de apreensão de tal realidade por meio da razão, ou seja, do processo de produção de conhecimento. Com isso, elimina-se o idealismo, na medida em que o concreto possui seu próprio desenvolvimento. A dialética, entretanto, garante que tais processos não são estanques, como poderia supor o empirismo clássico, mas influenciam-se reciprocamente, existindo uma determinação em última instância do concreto em relação ao pensamento do ser em relação à consciência." (BATISTA, 2013, p. 79-80)

Também porque, para o materialismo histórico-dialético, a própria realidade não é compreendida como separada da consciência. Não há nada que exista (e tenha sua existência inteligível) sem que também se tenha a ideia compartilhada socialmente do que é aquilo (o seu conceito), de forma que um não existe sem o outro.

Do mesmo modo que a "realidade concreta" e o "mundo das ideias" não têm existência possível em separado, o pesquisador e o objeto a ser conhecido também não são distanciados da forma como tradicionalmente se considera ideal dentro do que é compreendido como *objetividade científica*, pois o sujeito não pode ser compreendido como uma entidade apartada da realidade que o constitui, estando com ela em unidade dialética.

Com isso, a própria realidade só tem existência a partir das relações desenvolvidas pelas pessoas em conjunto e elas próprias também só existem como sujeitos em decorrência desses dados materiais que os circundam.

Pontuo, entretanto, que quando falo em "sujeito", não me refiro a um ser humano concreto em sua individualidade. Para a epistemologia marxista, sujeito é necessariamente um ser em sociedade e indissociável das condições materiais que o circundam, não se confundindo com o um indivíduo determinado com todas suas especificidades. Esse indivíduo, por sua vez, sobre quem se pode refletir a partir da figura do pesquisador, ainda guarda todo potencial de criatividade que lhe é inerente (BATISTA, 2013, p. 176). A tarefa deste pesquisador, na perspectiva epistemológica aqui proposta, é a de compreender a forma como operam as abstrações reais que decorrem das relações sociais, isto é, das relações indissociáveis entre sujeitos em conjunto e com seu *entorno*.

Para conseguir cumprir essa tarefa teórica, portanto, o pesquisador tem consciência de que, apesar de sua individualidade, ele é parte indissociável da relação dialética existente entre sujeito e objeto a ser conhecido. Tal assunção não lhe retira nem a liberdade de pensar metodologias de investigação que lhe permitam elaborar esse "concreto pensado", nem significam uma "parcialidade", na forma como a epistemologia positivista condena.

Esses três pressupostos teóricos que trago: a unidade dialética da realidade concreta com a sua construção na forma de ideias; a unidade dialética entre sujeito e objeto do conhecimento e a separação das figuras do sujeito e do indivíduo, ambas também relacionadas, mas distintas, são as bases sobre as quais se constrói a crítica que será apresentada a seguir.

Parto agora para a apresentação de um segundo grupo de pressupostos, agora relativos à metodologia de estudo empregada a partir do materialismo histórico dialético. O primeiro deles é a noção do que seria o próprio ser humano. Nessa busca da origem do que o distingue do restante dos outros seres vivos, a epistemologia marxista compreende ser determinante o trabalho, aqui entendido como a ação do *homem* ao transformar a natureza segundo sua própria elaboração mental. Nesse ponto, o trecho a seguir é bastante explicativo da forma como o trabalho funda o *homem* como ser social.

> "Pressupomos o trabalho sob forma exclusivamente humana. Uma abelha executa operações semelhantes às do tecelão, e a abelha supera mais de um arquiteto ao construir sua colmeia. Mas o que distingue o pior arquiteto da melhor abelha é que ele figura na mente sua construção antes de transformá-la em realidade. *No fim do processo do trabalho, aparece um resultado que já existia antes idealmente na imaginação do trabalhador. Ele não transforma apenas o material sobre o qual opera; ele imprime ao material o projeto que tinha conscientemente em mira, o qual constitui a lei determinante de seu modo de operar e ao qual tem de subordinar sua vontade.*" [Grifo meu] (MARX, 2004, p. 212)

É fundamental dentro disso, pontuar que mais do que um aspecto evolutivo no desenvolvimento humano, a capacidade de transformar a natureza a partir de uma idealização prévia é o traço que funda o ser social e que o define como tal até hoje. Apesar disso, a ideia de que o trabalho é o traço fundante do ser social não significa nem que o homem sempre trabalhou, nem que sempre foi um ser social, ao contrário, mostra que na história do desenvolvimento humano o trabalho apareceu em dado momento e modificou a forma como ele se relaciona com a natureza e com seus pares.

Sendo a categoria do trabalho crucial para a compreensão do homem como ser social no curso do desenvolvimento histórico, o materialismo histórico-dialético tem sua forma metodológica primordial justificada por essa própria categoria que o fundamenta. Assim, ao se investigar a forma como o trabalho empírica e historicamente se modifica, acaba-se por compreender o que se passa com o ser humano em sociedade.

A *digressão* final que resta expor é a forma como tal metodologia pode ser aplicada ao estudo das formas jurídicas. Para tanto, me valho das elaborações de Eugeni Pachukanis, que, antes de expor propriamente sua crítica, alerta que ela é pensada para além de "uma crítica sociológica da jurisprudência do ponto de vista do marxismo" (PACHUKANIS, 2017, p. 136). Assim, sua intenção não é relacionar a maneira como as relações conflituosas presentes no corpo social influenciam a aplicação do direito, mas, como a forma jurídica traduz em si mesma as relações sociais existentes em determinado modo de produção.

Também ressalva o autor, que sua análise da forma não significa uma aproximação ao positivismo jurídico encerrado em seu formalismo e supostamente alheio à realidade. A forma aqui é uma forma histórica, cuja observação permite desvelar as condições materiais que tornaram possível sua criação e perpetuação. Na síntese de Christopher Arthur:

> "O que está em jogo em uma crítica marxista ao direito não é provar que os conceitos jurídicos são conscientemente manipulados pelos juristas burgueses com o fim de intimidar os trabalhadores (o que é indiscutível), mas mostrar que neles – nesses conceitos – a realidade social assume forma de uma construção ideológica que expressa certas relações objetivas que derivam das relações sociais de produção e permanecem ou ruem com elas." (ARTHUR, 2017, p. 27)

Com tais pressupostos, a análise da forma jurídica é exposta a partir de seu elemento mais simples – o sujeito de direito. Isso se deve ao fato de que todas as relações jurídicas são constituídas por sujeitos em relação, compreendidos pelo direito como entes abstratos destacados de suas personalidades concretas.

Apesar da aparente naturalidade e neutralidade com a qual a categoria "sujeito de direito" é apresentada pela dogmática jurídica, como se fosse uma decorrência automática das relações sociais encontradas, seu aparecimento pode ser historicamente localizado e motivado. É especificamente com o surgimento da forma mercantil que se cria a necessidade da existência de um sujeito de direito – um ente desvinculado da pessoa concreta e

portador *em potencial* de direitos. Isso é ilustrado na história do direito alemão que, com o desenvolvimento das trocas mercantis, recorreu aos institutos do Direito Romano para regulá-las e, com isso, teve que introduzir conceitos distintos para "pessoa" e "sujeito de direito", os quais não têm grafia em alemão (PACHUKANIS, 2017, p. 147).

Sobre a forma mercantil, alerto que ela acontece de modo contingente em diversas formas de organização social ao longo da história, mas é somente com o capitalismo moderno que a mercadoria passa a ser um dado qualitativo, conformando todas as formas de relação, sejam elas entre sujeitos ou entre sujeitos e objetos. Isso se dá a partir do encobrimento da verdadeira natureza do trabalho humano e do próprio homem que passa a encarar sua atividade produtiva como uma mercadoria oferecida para ser trocada por outras mercadorias, havendo, ao final, uma desvinculação completa do sujeito em relação àquilo que produz (fetichismo da mercadoria) e dos próprios sujeitos entre si (reificação)[2].

> "Com a universalidade da categoria mercantil, essa relação muda radical e qualitativamente. O destino do operário torna-se o destino geral de toda a sociedade, visto que a generalização desse destino é a condição necessária para que o processo de trabalho nas empresas se modele segundo essa norma. Pois a mecanização racional do processo de trabalho só se torna possível com o aparecimento do 'trabalhador livre', em condições de vender sua força de trabalho como uma mercadoria "que lhe pertence", como uma coisa que 'possui'." (LUKÁCS, p. 206-207)

O sujeito de direito é assim a construção jurídica apta a operacionalizar as formas como o sujeito reificado se relaciona com o mundo em que está inserido. Ela permite olhar um indivíduo concreto na forma de sujeito abstrato, cuja capacidade principal é a de ser proprietário de mercadorias e ter a possibilidade de trocá-las livremente. Como colocado por Marx, as mercadorias não conseguem circular sozinhas, sem a intervenção humana, logo, nada mais lógico que dotar cada ser humano da possibilidade jurídica de realizar tais trocas (MARX, 1983, p. 79).

Ponto chave desse raciocínio é que a capacidade é uma mera potencialidade. O fato de se ser sujeito de direito não confere concretamente direitos, mas direitos em potencial. A categoria "qualifica todas as pessoas como igualmente 'dignas' da propriedade, mas nem de longe faz delas proprietárias" (PACHUKANIS, 2017, p. 127).

As bases da crítica de Pachukanis são aplicadas em um primeiro momento ao direito privado, sendo apontado que grande parte das construções dogmáticas feitas nos ramos do direito público acabam por ser confusas e artificiais por tentarem mascarar suas

2. Ainda sobre isso, Georg Lukács: "Para a consciência reificada, essas formas do capital se transformam necessariamente nos verdadeiros representantes da sua vida social, justamente porque nelas se esfumam, a ponto de se tornarem completamente imperceptíveis e irreconhecíveis, as relações dos homens entre si e com seus objetos reais, destinados à satisfação real de suas necessidades" (LUKÁCS, p. 211).

origens privatistas[3]. O direito penal, por sua vez, tem traços particulares, por ser "esfera em que o intercâmbio jurídico alcança a tensão máxima" (PACHUKANIS, 2017, p. 200). Nele, o rol de sanções apresenta aquelas com consequências mais brutais, além de se encontrar uma das formas mais evidentes de destacamento do sujeito culpável do indivíduo concreto, de forma que o funcionamento de seus mecanismos merece atenção especial.

Focando primeiramente na noção de crime e punição, podem ser eles compreendidos como elos de uma relação de troca, um contrato involuntário estabelecido após o fato, que regulamenta as formas anteriores de vingança, a partir da ideia de equivalente estabelecida entre crime e pena, com a sanção que equilibra o dano sofrido pela vítima. Apesar da aparente simplicidade dessa proposição, ela revela "muito mais a forma jurídica do que as teorias ecléticas dos juristas modernos" (PACHUKANIS, 2017, p. 202)[4]. Tanto é, que mesmo as formulações mais modernas acerca do princípio da proporcionalidade, o qual orienta a aplicação das penas, tem em seu cerne a noção de uma equiparação entre dano causado e punição a ser sofrida[5].

Ainda que a noção da troca seja central, um dado histórico importante para a análise proposta é justamente o equivalente pelo qual se equipara o dano sofrido, isto é, qual a natureza da sanção imposta e como ela é negociada. Nas formas de direito encontradas na Roma antiga, o processo penal funcionava como uma verdadeira negociação entre as partes, por vezes mediada por um terceiro, na qual um dos lados visava aumentar ao máximo a pena corporal imposta ou a restituição material e o outo reduzi-las.

Essa mesma orientação se mantém por grande parte da Idade Média, na qual a função primordial do direito criminal era evitar conflitos sociais através da composição privada por meio de fianças, que eram arbitradas segundo o estamento a que pertencia o causador do dano e o da vítima. Com isso, o direito penal desempenha um papel importante de preservação da hierarquia social, equalizando a justiça criminal difusa existente com

3. Pachukanis prossegue colocando ainda: "Os direitos públicos subjetivos são, afinal, os mesmos direitos privados (e, por conseguinte, também os interesses privados) reavivados e um pouco transformados [...] Mas ao mesmo tempo em que a doutrina civilista, que lida com o estrato jurídico primário fundamental, utiliza de modo amplo e convicto o conceito de direitos subjetivos, na teoria do direito público a aplicação desse conceito gera equívocos e contradições [...] *as teorias de direito público são ricas em construções forçadas, artificiais e monstruosamente unilaterais*" (grifo meu) (PACHUKANIS, 2017, p. 131).

4. Nas formulações que seguem esse raciocínio, Pachukanis completa: "O direito penal arcaico evidencia essa ligação de modo particularmente claro e abrupto, pois nele o prejuízo causado ao patrimônio e gerado à pessoa são diretamente equiparados um ao outro com uma ingenuidade que as épocas posteriores rejeitam com pudor" (PACHUKANIS, 2017, p. 203).

5. Sobre as formulações mais recentes acerca do Princípio da Proporcionalidade na aplicadas à aplicação da pena desde a elaboração legislativa, até a execução penal ver: GOMES, Mariângela. *O princípio da proporcionalidade no direito penal*. São Paulo: Ed. RT, 2003.

os privilégios sociais decorrentes da rígida organização social em estamentos (RUSCHE, KIRSCHHEIMER, 2004, p. 23-25)[6].

Em relação às penas públicas, impostas desde a Roma antiga e também na Idade Média, sua função era primordialmente arrecadatória, fazendo o Estado às vezes de um dos polos de negociação.[7] Essas modalidades de penas se aprimoram com o aumento do poder da Igreja Católica, que toma o lugar da vítima na negociação da pena e muda a natureza do crime de uma agressão privada para uma violência cometida contra deus. Por trás dessa nova economia das penas também se traduz um forte aspecto ideológico, no qual o acordo que regula a vingança antes privada passa a ser um acerto de contas com uma autoridade divina.

Essa nova roupagem que ganha o acordo para mensurar as grandezas de crime e pena é de particular importância no modo de produção feudal, marcado pela forte estratificação social e exploração exaustiva do trabalho camponês. Nele, a justiça penal nascente de um amálgama das instâncias de poder eclesiásticas, dos senhores feudais e posteriormente das monarquias com poder centralizado ao final da Baixa Idade Média, leva às formas de penalização corporais cruéis, voltadas à intimidação.

Rusche e Kirschheimer (2004, p. 37) descrevem que até o século XV as penas cruéis, como mutilações, espancamento e a pena de morte eram usadas esporadicamente, em casos considerados extremos pela administração da justiça estatal. Após esse período (e com ênfase no seu aumento no século XVI), esse tipo de sanção se torna o comum, sendo aplicadas sempre que o juiz demonstrava se tratar de "um réu perigoso para a sociedade".

Essa fase de penas desumanas e ditas "desproporcionais" é questionado pela primeira geração de Garantistas no século XVIII, que se voltava a equalizar as formas de retribuição. É de se notar que a frase célebre do Garantismo: "Um dos maiores freios dos delitos não é a crueldade das penas, mas sua infalibilidade e, como consequência, a vigilância dos magistrados e a severidade de um juiz inexorável que, para ser uma virtude útil, deve ser acompanhada de uma legislação branda" (BECCARIA, 1999, p. 187), deixa bastante claro que sua proposta volta-se a melhorar os termos do acordo penal existente entre criminoso e a justiça penal, mas sem jamais questioná-lo.

---

6. Rusche e Kirschheimer (2004, p. 25) descrevem que será justamente dessa forma de punição por meio de fianças que irá surgir a alternativa de penas corporais, já que grande parte dos condenados às mais altas penas eram camponeses que não conseguiam pagá-las. Assim, a eles foi se impondo penas corporais de maneira cada vez mais recorrente.

7. Sobre esse ponto o trecho que segue traz considerações importantes: "A administração do direito penal, como veremos adiante, provou ser uma fonte frutífera de receita [...] o angariamento de recursos através da administração da justiça criminal foi um dos principais fatores de transformação do direito penal, de uma mera arbitragem entre interesses privados, com representatividade da autoridade pública apenas na posição de árbitro, para uma parte decisiva do direito público" (RUSCHE, KIRSCHHEIMER, 2004, p. 25-26).

Apesar dos supostos avanços que essas reformas penais propostas trouxeram, elas não significaram a superação das penas corporais, que conviveram de maneira oficial até o início do século XX com legislações embasadas no Garantismo penal. Além dessa continuidade, faço o adendo de que tais penas não devem ter sua natureza atribuída a uma irracionalidade ou natureza primitiva da sociedade medieval (até porque subsistem de forma extraoficial e recorrente até a atualidade), já que "a crueldade mesma é um fenômeno social que apenas pode ser entendido nos termos das relações sociais dominantes num determinado período" (RUSCHE, KIRSCHHEIMER, 2004, p. 42).

Uma mudança central que se opera na Dogmática Penal ao final do século XVIII, é a introdução da noção de Culpa para suplantar a de responsabilidade, antes central na determinação da natureza e quantidade de pena imposta. Pachukanis (2019, p. 212) descreve que essa passagem tem suas raízes no individualismo próprio da sociedade burguesa, que atomiza o sujeito como se ele sozinho fosse totalmente livre e responsável por suas ações.

Assim, se antes o importante para medir a punição era a extensão do dano causado, com a introdução da noção de *Culpabilidade* interessa saber qual a intenção do agente no momento do cometimento da ação delituosa. O elemento psicológico passa a ser central na cominação da pena, pois denota o grau de liberdade que se tem ao agir e, sendo a pena privativa de liberdade a nova forma de punição primordial no acordo estabelecido com Estado punidor, cabem ajustes de acordo com esse grau de liberdade no momento da ação. Uma expressão disso é a ideia de que um crime culposo tem necessariamente um tempo menor de pena em comparação ao mesmo crime na modalidade dolosa, já que a um agente "menos livre" cabe uma menor retenção de sua liberdade.

Importante pontuar que Pachukanis usa a categoria Culpabilidade para se referir à intenção do autor do crime ao praticar a ação típica (como englobante do dolo e da culpa), uso este que fazia sentido na Dogmática Penal à época, que ainda não havia desenvolvido uma categoria autônoma e normativa para culpabilidade na teoria geral do delito. Portanto, o que ele nomeia por culpabilidade é hoje o que se está contido na tipicidade subjetiva. Dessa forma, é com o chamado "modelo positivista" do século XIX que dialoga Pachukanis[8], notadamente com a obra de von Liszt, na qual é bastante clara a tradução dogmática das premissas do Garantismo Clássico por meio da sua sistematização dogmática. Inclusive, é possível traçar um paralelo à proposta pachukaniana de análise da forma como se estrutura a culpa no direito penal por meio da pressuposição de um sujeito livre com a teoria psicológica da culpabilidade de von Liszt.

Ao tratar de culpabilidade, von Liszt descreve que seria esse o elemento da teoria do delito que revelaria o grau de civilidade e avanço da dogmática penal. Para isso, traz um histórico da forma de aplicação de penas na antiguidade romana, nos povos bárbaros

8. Isso é constatado pela época em que Direito e Marxismo foi escrito e pelas próprias mudanças que sofre a teoria do delito com o surgimento do Neokantismo ao final do século XIX, que deslocou o dolo e a culpa para a tipicidade e deixou as considerações sobre a imputabilidade na culpabilidade. Ao longo da seção trato dessa evolução de forma mais clara.

germânicos e na idade média, quando a intenção do agente ou a sua condição psicológica pouco importava, resultando na punição sem restrição para crianças (os ditos "impúberes" no texto) e na ausência de diferenciação aprofundada entre dolo e culpa como hoje se conhece.

Dessa forma, ao desenvolver sua teoria do delito, von Liszt isola os elementos objetivos nas categorias da tipicidade e da antijuridicidade e traz todos os elementos relativos ao agente para a culpabilidade, na qual serão feitas as considerações de ordem psicológica. Tais elementos de ordem psíquica, entretanto, são limitados a constatar uma potencialidade mínima de compreensão do fato delituoso, longe de trazer para a análise dogmática dados da realidade social. Segundo o próprio von Liszt (2006, p. 256-257) "[...] a imputabilidade criminal nada tem que ver com o livre arbítrio. Responsável é todo homem mentalmente desenvolvido e mentalmente são", de modo que se é livre (e consequentemente pode-se ter sua liberdade retirada) na medida em que se tem o controle necessário sobre suas ações.

Apesar do diálogo de Pachukanis ter sido proposto com a Dogmática penal nos moldes apresentados, o que aconteceu em formas contemporâneas de desenvolvimento da teoria do delito foi o seu aprofundamento e sua sofisticação teórica na aferição do suposto grau de liberdade individual do agente e para sua efetiva equalização com a quantidade de liberdade a lhe ser retirada.

Trazendo ao debate a categoria da culpabilidade em relação aos pressupostos da crítica pachukaniana, destaco que o sistema de justiça criminal moderno é estruturado para realizar essa troca de equivalentes (entre infração penal e cerceamento da liberdade) a partir de um amplo conjunto de instituições e agentes, que se voltam a operá-lo de maneira cada vez mais autônoma em relação ao fato e a vítima concretos. Isso, porque no sistema acusatório, com a figura do promotor, que titulariza o poder de acusar, a vítima passa a figurar em segundo plano, sendo de menor importância sua reparação pessoal. Ademais, nesse acordo, fica evidente a desvantagem daquele que negocia com o Estado sua liberdade, já que se vê confrontando um amplo aparato que o acusa, o julga e executa sua pena. Pachukanis pontua que essa forma, além de trazer disparidades de poder para as partes, ainda é inerente à justiça penal:

> "Caso se deixe inteiramente de lado essa forma de contrato, priva-se o processo penal de sua 'alma jurídica'. Imagine por um instante que o tribunal esteja de fato preocupado apenas em debater de que modo se podem mudar as condições de vida de determinada pessoa, para influenciá-la no sentido correcional ou para proteger dela a sociedade, e então o próprio sentido do termo 'pena' imediatamente desaparecerá." (PACHUKANIS, 2017, p. 211)

Esse mecanismo formal, baseado nesse acordo entre crime e sanção, sobre o qual se estrutura a justiça criminal tem ainda reflexo na forma secundária como a execução penal é encarada no estudo do direito e na atenção recebida nas formulações de políticas

públicas. Isso se deve à centralidade da cominação judicial da pena para a resolução satisfatória do acordo involuntário estabelecido após o fato delituoso, já que não importa o efeito prático que a pena imposta irá trazer, mas, sim a definição de quanto tempo ela irá durar (PACHUKANIS, 2017, p. 216-217).

2. As fundações do Garantismo Penal: das formulações da Escola Clássica às reelaborações modernas

A partir dessas considerações prévias sobre questões metodológicas e sua aplicação na análise da forma jurídica aplicada ao direito penal, cabe agora uma reflexão sobre o Garantismo penal e sua potencialidade de funcionar como base de uma crítica da forma de aplicação da dogmática penal. A relação mais estreita entre as garantias constitucionais penais se dá de maneira mais evidente a partir do Iluminismo, no século XVIII, período no qual há o aparecimento paralelo das primeiras versões do Constitucionalismo e da Escola Clássica do Direito Penal.

Esse primeiro movimento teórico surge com a crítica liberal das formas de domínio político típicas das monarquias absolutistas, no lugar das quais é proposta uma nova forma de organização do poder estatal, com limitação do poder real e a positivação de um conjunto de direitos individuais para garantir essa esfera de liberdades particulares. Paralelamente, a Escola Clássica do Direito Penal se vale dos pressupostos iluministas para condenar práticas típicas do sistema penal do chamado "antigo regime" por serem elas marcadas por penas corporais cruéis, pelas penas de morte e trabalhos forçados, além de deportação. Assim, propunha-se suplantá-las por outras formas de punição que atendessem a garantias como legalidade, humanidade das penas e utilidade. Tais propostas encontram ressonância na obra de diversos autores europeus do período, como são as figuras de Jeremy Bentham na Inglaterra e de Anselm von Feuerbach na Alemanha, sendo também de especial reconhecimento a tradição da Escola Clássica italiana, que se desenvolve nas obras de Cesare Beccaria, Gian Romagnosi e Francesco Carrara (BARATTA, 2004, p. 25-28).

Ao analisar a produção dessa tradição de garantistas clássicos, Alessandro Baratta descreve que a Escola Clássica italiana conseguiu traduzir de maneira ampla as concepções de Estado e de direito baseadas nos marcos da concepção liberal, fortemente marcadas pela noção de Contrato Social e pela divisão de poderes, de fundamental importância também para o Constitucionalismo. Por sua vez, Cesare Beccaria foi o teórico responsável por traçar as linhas centrais dos princípios penais advindos do Garantismo, que são desenvolvidos com maior sistematização filosófica por Romagnosi e por Carrara (ibidem, p. 29-31).

Apesar disso, como coloca Vera Regina Andrade (2012, p. 187-188), a Escola Clássica não é um bloco monolítico de propostas políticas e teóricas. Ao contrário, sua sistematização como um movimento único e a denominação *Escola Clássica do Direito Penal*

se deu apenas em 1880 por Henrique Ferri, que identificou em teóricos europeus, que vão desde meados do século XVIII até meados do século XIX, propostas de reforma penal visando à estruturação de um sistema penal condizente com as transformações econômicas e sociais ocorridas no período. Assim sendo, esse primeiro bloco garantista é fundado pela convivência entre "uma dimensão crítico negativa (do status quo do Direito e da Justiça Penal), convivendo com uma dimensão positiva ou construtiva de projeção de um novo Direito e Justiça Penal" (ANDRADE, 2012, p. 188), de modo que as propostas abandonam sua faceta supostamente combativa de desumanização dos condenados e passam a ser essencialmente positivas e características da nova ordem social fundada.

Aqui ressalto que um legado garantista central é a passagem do chamado *direito penal do autor* para o chamado *direito penal do fato*, vista como a superação de uma forma de constatação da infração penal e aplicação da pena que antes se baseava na figura do condenado e reproduzia seus privilégios sociais e agora traz em si a garantia de um julgamento puramente baseado em ações externas ao sujeito.

Trazendo para cá a forma de crítica já exposta, percebo que esse movimento teoricamente orientado pelo humanismo liberal guarda em si importante passo para a caracterização da forma jurídica típica da justiça penal no capitalismo, pois cria a separação entre o indivíduo concreto que comete uma infração típica e o sujeito abstrato destinatário do acordo de troca a ser estabelecido com o órgão acusador.

Os desdobramentos dessa primeira formulação de garantias penais ganham novos contornos a partir da relação cada vez mais estreita entre Direito Penal e Constitucionalismo, que podem ser percebidos pelo diálogo estabelecido entre o chamado Neoconstitucionalismo e o Garantismo, desenvolvido mais intensamente após a Segunda Guerra Mundial. O dito grande avanço do Neoconstitucionalismo em relação ao Constitucionalismo clássico estaria no reconhecimento definitivo da "força normativa da Constituição". Para tanto, elabora-se teoricamente que ela deixa de ser um conjunto meramente enunciativo e formal de direitos e passa a funcionar como limitadora material dos poderes do Estado e dos particulares, com especial incidência na esfera do Legislativo, que agora deve orientar sua produção pelas garantias constitucionais sob pena de invalidação posterior de suas leis por inconstitucionalidade. Em paralelo, também as Constituições passam a ser centrais na aplicação de outros ramos do direito, fenômeno que se popularizou com o nome de "Constitucionalização do Direito".

Esse novo Garantismo reformulado, que tem seus fundamentos nas doutrinas da Escola Clássica já apresentada, em especial na vertente italiana, apresenta agora uma nova forma de sistematização dos princípios do Direito Penal, principalmente a partir da construção de um verdadeiro modelo penal Garantista, que possui uma filosofia do direito própria que a embasa. Nessa etapa de desenvolvimento, o teórico responsável pela reorganização desses princípios penais foi Luigi Ferrajoli.

Em suas obras é expressa a influência da Escola Clássica, tendo ele empregado diversos pressupostos já consolidados pelo Garantismo da Escola Italiana. Apesar disso, logo na introdução de *direito e razão*, constam as diversas incongruências presentes na

Escola Clássica, devido à conjugação de diversas propostas filosóficas, muitas vezes, bastante distintas, de modo próximo ao que já coloquei por meio da crítica de Vera Andrade. Nas palavras do próprio Ferrajoli: "as doutrinas dos direitos naturais, as teorias contratualistas, a filosofia racionalista e empirista, as doutrinas políticas da separação dos poderes e da supremacia da lei, o positivismo jurídico e as concepções militaristas do direito e da pena" (FERRAJOLI, 2002, p. 29). Esses desencontros de pressupostos deram margem para que essas proposições clássicas fossem empregadas por Estados autoritários, que faziam uso de um discurso aparentemente cumpridor de princípios penais enquanto promoviam sistematicamente práticas voltadas à "defesa social".[9]

Nessa linha, buscando evitar a falta de coerência entre as propostas garantistas e a sua formulação teórica, Ferrajoli desenvolve um novo modelo garantista, formulado a partir de uma série de princípios prescritivos. Com esse conjunto de prescrições são elencados uma série de garantias penais e processuais, consideradas necessárias para a existência de um Sistema de Justiça Criminal em consonância com o Estado Democrático de Direito.[10]

Destaco também que a enunciação deste conjunto já havia sido feita desde a Escola Clássica e que o modelo Garantista moderno exige que esses enunciados sejam efetivados para que exista um Sistema Penal verdadeiramente garantista. Nesse ponto, Ferrajoli afirma ser possível demonstrar que um Sistema Garantista só existiria com a somatória dos princípios elencados, sendo que outros arranjos institucionais mais ou menos autoritários poderiam existir com a presença de algumas dessas garantias concatenadas de forma particular. Desse modo, existe um maior grau de sofisticação na elaboração teórica, já que se faz um adendo da necessidade de aplicação prática dos princípios penais evocados.

No sistema teórico proposto por Ferrajoli, alguns princípios penais centrais apresentam maior importância, podendo conter outros de menor abrangência, como é o caso do princípio da retributividade, que tem como decorrências a lesividade, materialidade e culpabilidade (FERRAJOLI, 2002, p. 78). Nessa toada, um Sistema Penal que não oferece nenhum desses princípios de maior importância seria classificado como extremamente

9. Sobre essa apropriação autoritária dos princípios penais garantistas clássicos, Ferrajoli escreve: "as filosofias utilitaristas podem fundamentar, como nas doutrinas da Escola Clássica italiana de Beccaria a Carrara, uma concepção da pena como mínima aflição necessária, mas também podem informar tecnologias penais autoritárias e antigarantistas, como as da prevenção especial ou as da defesa social, orientadas ao objetivo da máxima segurança possível" (FERRAJOLI, 2002, p. 29).

10. Pelo sistema desenvolvido por Ferrajoli esse conjunto de princípios basilares estaria organizado na seguinte ordem, sendo os primeiros seis garantias penais e os últimos garantias processuais: 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 jurisdicionariedade, também no sentido lato ou 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 ou da defesa, ou da falseabilidade (FERRAJOLI, 2002, p. 75).

autoritário, pois ao se suprimir aquele de relevância superior também se retiram do Ordenamento as garantias dele decorrentes.

Apesar dessa maior riqueza na forma de elaboração teórica, o Garantismo moderno não reflete sobre a forma como estrutura suas garantias, que permanecem como basilares do acordo firmado entre o acusado plenamente livre e senhor de seus atos e o Estado acusador. No entanto, essa maior sistematicidade dos fundamentos garantistas não é fruto de uma simples evolução teórica orientada pela vontade do conhecimento, mas é parte de um movimento mais amplo do Direito Penal que busca se encerrar dogmaticamente, sob a justificativa de evitar ingerências autoritárias na aplicação da pena.

Isso fica claro ao ler as reflexões do próprio Ferrajoli ao debater com o que ele chama de Marxismo, que seria, em sua visão, uma vertente da análise social marcada pelo determinismo econômico (FERRAJOLI, 1994, p. 61). Nessa linha, prossegue afirmando que as transformações sociais vividas desde a Revolução Industrial teriam desconfigurado o que antes se entendia como classe operária (ibidem, p. 63), sendo também ultrapassadas as análises sobre a prisão, que fazem esse tipo de correlação, visto que o cárcere já não teria mais a mesma função de controle e conformação da mão de obra para o trabalho fabril (ibidem, p. 65). Apesar dessa compreensão bastante vulgar das ferramentas interpretativas que podem ser extraídas do método materialista histórico-dialético, já apresentado na seção anterior, Ferrajoli também aponta que o Marxismo teria também algumas contribuições interessantes, principalmente ao desvelar as raízes estruturais dos modernos processos criminológicos (ibidem, p. 73) e as formulações classistas e seletivas do Sistema Penal (ibidem, p. 76), de modo a justificar o rechaço do autor a todas as teorias "-re" (ressocialização, recuperação, reeducação do preso etc.) (ibidem, p. 88). Com isso, percebo que mesmo o Ferrajoli mais crítico de sua produção ainda vê uma clara cisão entre a estruturação de seu sistema de garantias e a aplicação delas na realidade.

De maneira bastante sucinta, aponto que essa dogmática penal autoreferenciada já tinha suas bases fundadas desde a Escola Clássica, mas ganha contornos particularmente interessantes com o final da Segunda Guerra Mundial, que traz como legados o Garantismo e o Constitucionalismo Modernos, a positivação de Direitos Humanos e o Finalismo como novidade na Dogmática Penal. Isto porque antes, para os clássicos a pena era uma medida repressiva aflitiva e pessoal, que se aplicava ao autor do fato delituoso que tivesse agido com capacidade de querer e de entender (BITENCOURT, 2009, p. 55). Nisso, também está inserido o Finalismo, cujas bases teóricas já expus anteriormente. Seu maior expoente, Hans Welzel deixa claro que essa função inerentemente garantista da dogmática é alcançada com o fechamento dela em si:

> "A missão da Ciência penal é desenvolver e explicar o conteúdo das regras jurídicas em sua conexão interna, ou seja, 'sistematicamente'. Como ciência sistemática, estabelece a base para uma administração de justiça igualitária e justa, já que só a compreensão das conexões internas do Direito liberta a sua ação do acaso e arbitrariedade." (WELZEL, 1987, p. 11)

O que acontece então, como coloca Vera Regina Andrade, é um casamento entre a dogmática penal e o Garantismo que, em sua aparência, promove uma desvinculação das decisões judiciais das decisões políticas e ganha plena autonomia de funcionamento, para trabalhar seguindo seus próprios pressupostos. Essa plenitude garantida por bases positivistas, que se demonstram suficientes para si próprias a partir da dita racionalização máxima das categorias da Teoria do Delito (Tipicidade, Antijuridicidade e Culpabilidade), desvincula a Dogmática penal cada vez mais de outras bases teóricas próximas, como a Criminologia e a Política Criminal e ganha o status da mais importante (e dita mais apolítica) ciência criminal. Em uma breve, mas precisa síntese: "A dogmática penal pode ser lida, nessa perspectiva, como uma longa e complexa tentativa de conferir à promessa iluminista [e garantista] de segurança jurídica uma formulação científica, no marco de uma razão prática" (ANDRADE, 2014, p. 206).

3. A face ideológica do Garantismo

Ao ler os diversos autores que trataram da evolução do Garantismo com uma proposta metodológica alinhada à que expus nos tópicos anteriores, encontrei, ainda que pontualmente, menções à função ideológica cumprida pelo Garantismo penal e pela dogmática por ele conformada. Para tratar da questão, entretanto, é importante que exponha primeiro qual acepção de ideologia pretendo adotar, a fim de evitar desencontros de compreensão, já que se trata de temática de certa complexidade, com uma série de construções teóricas distintas.

Um mapeamento feito por Terry Eagleton (1997) trouxe dezesseis formulações a respeito do que se entende por ideologia, as quais segundo o próprio autor não esgotam todas as possibilidades de compreensão do termo. Dentre elas, aponto três que merecem destaque pelo uso recorrente e pela possibilidade de serem as empregadas na bibliografia levantada. A primeira é noção de ideologia como "um corpo de ideias característico de um determinado grupo ou classe social" (EAGLETON, 1997, p. 15), aproximando-se de algo como a visão de mundo que tem um extrato social sobre determinadas questões, de modo a existir a convivência de diversas ideologias.

Sobre essa primeira formulação, há nela uma lacuna na medida em que retira do estudo da ideologia os questionamentos acerca das relações de poder e dos efeitos que essas visões de mundo podem apresentar. Isso é bastante problemático ao se constatar que grande parte dos trabalhos que trazem a ideologia como ferramenta conceitual tratam de questões sociais permeadas por relações de poder, as quais seriam apagadas por um conceito de ideologia que as trata somente como formas diversas de pensamento em convivência.

Por sua vez, uma segunda acepção recorrente é a de ideologia como *falsa consciência*, na qual há um falseamento da realidade em razão dos interesses de determinado grupo social com domínio das esferas de poder. Essa proposta é descrita em *A Ideologia Alemã*,

onde a ideologia é pensada como uma forma da classe dominante exercer seu poder material também *espiritualmente*, o que se dá com a desvinculação paulatina das ideias da burguesia dos indivíduos concretos que as formularam, para se tornarem "pensamentos dominantes cada vez mais abstratos [...] assumindo a forma de universalidade" (MARX, ENGELS, 1998).

Uma crítica possível à noção de ideologia como falseamento da realidade é a de que se teria uma ilusão convincente que é imposta para enganar a todos. Além disso, essa concepção também pode trazer como problema a suposição de que a ideologia traria uma cegueira no plano das ideias, na interpretação que se faz do mundo, mas sem efeitos concretos[11]. Visando a superar essas incongruências, Louis Althusser propõe uma teoria da ideologia na qual prepondera o elemento afetivo sobre o cognitivo[12], uma vez que mais importante do que identificar onde estaria a falsidade nas ideias que orientam o corpo social, seria explicar como elas são introjetadas pelos sujeitos e como apresentam efeitos materiais.

O aspecto material das ideologias é de fundamental importância, já que para Althusser pouco importa o esclarecimento pessoal para superação da ideologia, pois o mundo concreto se reproduz a partir dela e, mesmo o indivíduo que em tese consegue identifica-la e entender seus desdobramentos, também terá que viver orientando-se por ela para que possa entender sua realidade. Nisso se alinha uma segunda proposição central para Althusser, segundo a qual a ideologia representa a relação imaginária dos indivíduos com suas condições reais de existência, do seguinte modo:

> "[...] toda ideologia representa, em sua deformação necessariamente imaginária, não as relações de produção existentes (e as outras relações que delas decorrem), mas, acima de tudo, a relação (imaginária) dos indivíduos com as relações de produção e com as relações que delas decorrem. O que é representado na ideologia, portanto, não é o sistema das relações reais que regem a existência dos indivíduos, mas a relação imaginaria desses indivíduos com as relações reais em que vivem." (ALTHUSSER, 1996, p. 124)

Dessa forma, ele explica que a ideologia "interpela os indivíduos concretos enquanto sujeitos concretos, através do funcionamento da categoria 'sujeito'" (ALTHUSSER, 1996, p. 124), isto é, considera os seres humanos reais com todas suas especificidades pessoais e sociais como seres abstratos e parte de uma categoria única. Ao fazer isso, de fato cria uma deformação entre a forma como o indivíduo é e como é reconhecido como sujeito,

11. Sobre essa crítica, Althusser: "[e]m a ideologia alemã [...] a ideologia é concebida como pura ilusão, puro sonho, isto é, como o nada. Toda a sua realidade lhe é externa. Assim, a ideologia é pensada como um constructo imaginário cujo status é exatamente idêntico ao status teórico do sonho em autores anteriores a Freud" (ALTHUSSER, 1996, p. 124).

12. Aqui afetivo não relacionado propriamente a afeto, mas a uma dimensão não intencional do sujeito ao se relacionar com essa realidade falseada.

o que não deixa de ter efeitos materiais, como disse. Ao contrário, a materialidade desse encobrimento do indivíduo real pela ideologia é tão efetiva que ele conforma diversas dimensões do seu modo de vida de acordo com o prescrito para o sujeito universal sem necessidade de constante repressão.

Aspecto central da teoria da ideologia de Althusser é sua explicação acerca das formas de produção e funcionamento da ideologia. Para tanto, ele introduz o conceito de aparelhos de estado, que seriam elementos do próprio Estado voltados à repressão (aparelho repressivo de estado) e ao controle ideológico (aparelhos ideológicos de estado). O elemento central dessa diferenciação é justamente o uso da força física, que é predominante no primeiro, por ser ele a forma pela qual o Estado atua fazendo uso da violência dita institucional. Por sua vez, os aparelhos ideológicos (e ressalto aqui que esses estão no plural) não se valem diretamente da violência física para cumprirem suas tarefas, mas preponderantemente de mecanismos ideológicos. Como exemplo disso temos a atuação da polícia, um braço evidente do Aparelho Repressor de Estado, que tem como pressuposto o uso da repressão física em contraposição à forma como funciona a Escola, na qual a obediência decorre de outras formas de controle.

É importante pontuar também que tais funções são apenas relativamente autônomas, de modo que apresentam uma tarefa preponderante, mas também sempre guardam um traço repressivo ou ideológico. Seria impossível pensar no Aparelho Repressivo de Estado sem nenhum suporte ideológico para sustentá-lo ou em Aparelhos Ideológicos que se valham de mecanismos repressores em alguma medida.

Assim, nesse conjunto dos diversos aparelhos de estado, apesar de guardar em si uma função própria, o objetivo central de todos é o mesmo: a reprodução harmônica das relações de produção vigentes. Como uma metáfora disso, Althusser traz a ideia de uma orquestra, na qual cada um dos instrumentos representa o aparelho repressivo de estado (como a polícia, o poder judiciário, o exército) ou o aparelho ideológico de estado em seus desdobramentos (como a religião, a família, a mídia), os quais têm sua sonoridade própria e seus momentos de maior destaque, mas que ao tocarem são regidos por um só regente que segue uma só partitura.

Dentro desse esquema, Althusser localiza o Direito[13] como um Aparelho Ideológico de Estado próprio, já que regula as relações de produção a partir da atuação do aparelho de Estado, sendo assim, o "aparelho específico que articula a superestrutura a partir da infra-estrutura" (ALTHUSSER, 1999, p. 192). O Direito é, portanto, o aparelho ideológico central no funcionamento das relações sociais, já que dá as bases para as trocas de equivalentes que orientam a produção, tal como já expus na seção anterior. Apesar

13. Por "Direito" Althusser compreende todo o sistema que articula a produção normativa, os mecanismos ideológicos que a sustentam e as instituições necessárias ao seu funcionamento. Em suas palavras, trata-se do "sistema real que essa denominação designa, dissimulando-a, já que faz abstração da mesma, a saber: os Códigos + a ideologia jurídico-moral + a polícia + os tribunais e seus magistrados + as prisões etc.)" (ALTHUSSER, 1999, p. 192).

disso, não deixam de ser relevantes outros aparelhos ideológicos, como aqueles de ordem moral, que auxiliam o jurídico a cumprir seu papel sem precisar recorrer aos mecanismos repressivos que o Aparelho Repressor de Estado também lhe oferece.

Se o Aparelho Ideológico Jurídico é um elemento central na articulação entre as relações de produção e a atuação do Estado, dentro dele o Direito Penal cumpre um papel também de considerável importância. Isto porque, como coloca Althusser, o Direito tem em si um elemento necessariamente sancionador, que não necessariamente será sempre empregado (e nem é feito para sê-lo), o qual se traduz de maneira mais evidente no Direito Penal. Assim, entendo que o direito penal é o que permite ao aparelho ideológico jurídico ter em si um traço repressor para ser acionado quando conveniente, funcionando como uma ponte entre o aparelho repressor de estado e o aparelho ideológico em questão.

O sistema de justiça criminal é formado por uma série de instituições, como a polícia, o poder judiciário e a prisão, que são parte do aparelho repressivo de estado, o qual também é auxiliado por mecanismos ideológicos próprios e por outros aparelhos ideológicos de estado autônomos. como exemplo trago a prisão, que evidentemente é mantida pelo uso da restrição concreta à liberdade e pelo uso da violência, mas que também é referendada como instituição seja socialmente ou para os próprios presos pelo uso de diversos aparelhos ideológicos de estado, como a religião, a mídia e o direito. Dentre esses mecanismos de cunho ideológico dentro do direito, figura a dogmática penal orientada pelo garantismo, que permite a operacionalização de um sistema penal legitimado por pressupostos aparentemente protetores da humanidade dos condenados, tal como colocado por Vera Andrade:

> "O discurso dogmático é simultaneamente portador de um código ideológico, que com ele dialetiza, construído o sentido e o limite da simbologia e da instrumentalidade dogmáticas. [O discurso dogmático] coloca em circulação social o ideário e a crença na segurança jurídica, contendo, a um só tempo, uma dimensão positiva de produção de sentido e uma dimensão (negativa) de ocultação/inversão." (ANDRADE, 2014, p. 218-219)

A partir disso, ficam evidentes os dois traços centrais da ideologia para Althusser quando analiso o papel do Garantismo para a reprodução do sistema de justiça criminal. Primeiramente sua materialidade, isto é, a forma como suas proposições ditas *teóricas* cumprem seu papel de condenar e aprisionar imensos contingentes de pessoas de grupos sociais subalternos e, em segundo lugar, a forma como o Garantismo cria um imaginário que deforma a percepção social que se tem das relações sociais reais que fazem o sistema penal funcionar dessa forma seletiva. Nessa análise, desde o juiz mais garantista ao

agente penitenciário menos preocupado com direitos humanos, todos orientam suas atividades pelas mesmas bases ideológicas[14].

Isso não significa que dentro dos Mecanismos de Estado, sejam eles ideológicos ou repressivos não haja conflitos, muito pelo contrário. Como alerta Althusser, os mecanismos não são as instâncias onde as ideologias nascem e permanecem imutáveis, mas são os espaços dos quais a luta de classes se vale para reproduzi-las, sendo, portanto, locais em que a resistência às formas de exploração do capital sobre o trabalhador em conjunto aos demais extratos sociais subalternos (como mulheres, negros, pessoas LGBT, indígenas) pode acontecer. Constata essa possibilidade e a importância dela em momentos de maior flexibilização de princípios penais, nos quais o próprio Garantismo parece ameaçado e políticas de extermínio são realidade, é crucial pensar em que tipo de crítica deve ser feita à forma de operação das leis penais, para que não se veja nas formulações garantistas a salvação para violações de direitos as quais são inerentes à forma jurídica que engendram.

Ao dizer isso, não faço uma defesa do abandono imediato das ferramentas dogmáticas pelos participantes da justiça criminal nas mais diversas posições. Muito pelo contrário, é inegável que em uma realidade na qual o encarceramento em massa[15] e a letalidade policial na abordagem de jovens negros crescem vertiginosamente[16], não se pode abrir mão de nada que contenha, ainda que pontualmente o aprisionamento e a morte.

Nem mesmo o próprio Pachukanis, ao descrever um momento de transição do Capitalismo, defendeu o abandono abrupto da forma jurídica, até porque não seria a imposição verticalizada do seu fim que o traria, pois, como visto, ela decorre da forma da troca que estrutura todas as relações sociais. Dessa forma, uma extinção do Direito Penal e das

14. Ao escrever isso, não digo que a prática de um juiz garantista, por exemplo, não tenha efeitos importantes nas vidas concretas dos indivíduos que deixa de condenar ou aplicar penas menores, mas que um juiz, promotor, policial ou um agente penitenciário que negue as bases do Sistema de Justiça Criminal por completo não é uma figura inteligível dentro dele. Em poucas palavras, um juiz garantista em suas sentenças é possível, um juiz abolicionista penal, não.

15. O número exato de presos no sistema penitenciário brasileiro somou 726.712 pessoas em junho de 2016 – último dado tabulado. Do total, 5,8% é composto por mulheres. A taxa de presos por grupo de 100 mil habitantes subiu nesse mesmo período de 306,22 para 353 indivíduos. A proporção deste crescimento não deixa dúvidas de que estamos diante de um processo de "encarceramento em massa", noção que passou a ser usada por estudiosos do campo da punição para descrever as mudanças na escala do encarceramento que se iniciaram nos anos 1970 e tornaram-se visíveis em meados dos anos 1980, especialmente nos Estados Unidos (SILVESTRE, MELO, 2017).

16. "Segundo levantamento realizado pelo Fórum Brasileiro de Segurança Pública (FBSP), 21.910 pessoas morreram em decorrência de intervenções policiais no Brasil entre os anos de 2009 e 2016 (FBSP, 2017). Durante o mesmo período, 2.996 agentes policiais também foram assassinados (tanto em serviço quanto fora dele). Tais números não apenas posicionam as polícias brasileiras entre as organizações de força mais letais do planeta, como também consolidam seus quadros profissionais entre os que mais morrem em virtude do exercício da atividade e/ou da identidade policial" (ZILLI, 2018, p. 71).

instituições da Execução Penal tal qual as conhecemos só aconteceria "na medida em que começarmos a erradicar esses conceitos e prescindir deles na realidade, e não somente nas declarações" (PACHUKANIS, 2017, p. 223). Nesse sentido, partilho da conclusão de Marcus Orione ao tratar da aposta de juristas progressistas em um direito conformado pela proteção de direitos fundamentais que caminha ao lado de uma defesa de um direito penal e de uma execução penal cumpridora de direitos humanos:

> "[...] embora entendamos que o direito jamais conseguirá superar tais dificuldades, dada a sua própria essência, é possível, àqueles que acreditam na sua capacidade de transformação social, passar a adotar o seu discurso e dotá-lo de uma qualidade argumentativa que busque a maior eficiência. (O que, aliás, me parece uma armadilha mais do que tudo). Embora aqui não haja garantia de sucesso – e, em geral, acredito que não haverá sucesso -, existirá sempre a possibilidade de que algumas vantagens individuais sejam obtidas por aqueles que estejam em condições de inferioridade no mundo. Assim, estamos diante de um vazio discursivo que é substituído por outro discurso, também vazio a nosso ver, e que em geral é expropriado pela lógica dos direitos fundamentais. É claro que, como se trata de uma armadilha, o terreno em que se joga o jogo pertence ao outro, que terá todas as armas à sua disposição. Os juristas mais progressistas, e que pretendem um mundo melhor, é que devem avaliar o risco de fazer tal jogo. Pessoalmente, acredito pouco na presteza dessa escolha." (CORREA, 2011, p. 207-208)

Ao final, minha exposição é a condensação de diversas propostas críticas alinhadas ao materialismo histórico-dialético oriundas da teoria marxista e de teóricos da criminologia crítica para alertar às armadilhas não aparentes de um Garantismo, muitas vezes, bem-intencionado. Já que é tamanha a desumanidade que permeia a vida das vítimas do sistema de justiça criminal, sendo elas, condenados, vítimas na capitulação jurídica, famílias de presos e tantos outros grupos afetados pela prisão e pelas instituições penais, é central que se formule uma crítica que supere o idealismo e que evite uma atuação jurídica e política ingênua.

Conclusões

A forma de crítica mais recorrente no corpo dos estudos que se voltam à análise de um Direito Penal dito progressista recorrem às formulações do Garantismo, as quais acabam invariavelmente demonstrando que o plano do *ser*, seja ele composto por decisões judiciais que se desviam de princípios penais constitucionais basilares, garantias legais ou pelas próprias condições do complexo prisional brasileiro, encontra-se bastante distante do *dever ser* devidamente pormenorizado na doutrina e na legislação. Esse descompasso entre as formas como a realidade deveria ser e a forma como as normas são projetadas são

uma consequência inerente ao Positivismo, seja ele empregado em um estudo dito dogmático ou em algumas análises empíricas criminológicas.

Para superar esse tipo de conclusão, adotei o materialismo histórico-dialético como pressuposto metodológico da crítica pretendida, de modo a entender a elaboração teórica e a realidade concreta na forma de uma unidade dialética, assim como o sujeito e objeto do conhecimento. Com isso, se torna possível uma crítica ao direito penal que se baseie nas contradições inerentes à sua própria forma, que expressa uma relação de troca, tal qual encontrada em todas as relações presentes no modo de produção capitalista.

Sendo a norma penal conformada por essa forma da troca e a dogmática penal moderna, que funciona para operacionalizá-la, fortemente influenciada pelo Garantismo penal, é possível estabelecer uma relação entre os pressupostos garantistas e a forma jurídica capitalista. Nessa conexão, é central a noção de Culpabilidade que separa o indivíduo que cometeu o delito do sujeito abstrato destinatário da sanção penal e consolida o sujeito de direito próprio do direito penal.

A partir das constatações acerca da forma jurídica, foi possível também trazer o estudo da ideologia para o objeto estudado, pelo qual foi possível perceber a forma como as proposições garantistas são funcionais aos aparelhos repressivos de estado e são desenvolvidas e perpetuadas por alguns aparelhos ideológicos de estado. Isso não significa que qualquer ganho em termos práticos promovido pelas garantias penais deva ser rechaçado ou evitado, mas que uma crítica que supera as limitações do positivismo deve alertar para as falsas promessas garantistas, que parecem ser um remédio fácil para desigualdades e violências que elas mesmas ajudam a perpetuar.

Referências

ALTHUSSER, Louis. Ideologia e aparelhos ideológicos de estado. In: EAGLETON, Terry. *Ideologia:* uma introdução. São Paulo: Ed. Unesp/Ed. Boitempo, 1997.

ALTHUSSER, Luis. *Ler o capital*. Rio de Janeiro: Zahar, 1979.

ALTHUSSER, Luis. *Sobre a reprodução*. Petrópolis: Vozes, 1999.

ANDRADE, Vera. *Pelas mãos da criminologia*: o controle penal para além da desilusão. Rio de Janeiro: Reavan, 2012.

BARATTA, Alessandro. *Criminología Crítica e crítica del Derecho Penal*: introducción a la Sociología jurídico-penal. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores Argentina, 2004.

BARATTA, Alessandro. Integracion-prevencion: una "nueva" fundamentacion de la pena dentro de la teoria sistemica. In: *Cuadernos de política criminal*, n. 24, Edersa, Madrid, 1984.

BATISTA, Flávio Roberto. *Crítica da tecnologia dos direitos sociais*. São Paulo: Outras Expressões/Dobra editorial, 2013.

BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 1999.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal, parte geral*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

CORREA, Marcus. O Conflito de Princípios e as Falácias da Liberdade. In: *Revista Brasileira de Direito Constitucional*, n. 17, jan.-jun. 2011.

EAGLETON, Terry. *Ideologia:* uma introdução. São Paulo: Ed. Unesp / Ed. Boitempo, 1997.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão*: teoria do garantismo penal. 3. ed. rev. São Paulo: Ed. RT, 2002.

FERRAJOLI, Luigi; ZOLO, Danilo. Marxismo y Cuestión Criminal. *De Sociedad – Revista de Ciências Sociales*, n. 4, 1994.

GOMES, Mariângela. *O princípio da proporcionalidade no direito penal*. São Paulo: Ed. RT, 2003.

LISZT, Franz von. *Tratado de direito penal alemão*. Brasília: Conselho Editorial do Superior Tribunal de Justiça, 2006.

LÖWY, Michael. *Ideologias e ciências sociais*: elementos para uma análise marxista. 16. ed. São Paulo: Cortez, 2003.

LUKÁCS, Georg. *História e consciência de classe*: estudos sobre a dialética marxista. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

MACHADO, Marta Rodriguez; LIMA, Márcia; NERIS, Natália. RACISMO E INSULTO RACIAL NA SOCIEDADE BRASILEIRA: Dinâmicas de reconhecimento e invisibilização a partir do direito. *Novos estud. CEBRAP* [online], v. 35, n. 3, p. 11-28, 2016.

MARX, Karl. *Manuscritos econômico-filosóficos*. São Paulo: Boitempo Editorial, 2004.

MARX, Karl. *O capital*: crítica da economia política. São Paulo: Boitempo Editorial, 2004. t. I.

MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. *A ideologia Alemã*. Trad. Luis Cláudio de Castro e Costa. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

PACHUKANIS, Evgeny. *Teoria geral do direito e marxismo*. São Paulo: Sundermann, 2017.

RUSCHE, Georg; KIRCHHEIMER, Otto. *Punição e estrutura social*. 2. ed. Trad. Gizlene Neder. Rio de Janeiro: Revan, 2004.

SELIGER, Martin. *Ideology and politics*. Londres: Allen & Unwin, 1976.

SILVEIRA, Leonardo. A culpabilidade no funcionalismo penal. 2016. Dissertação (Mestrado em Direito Penal) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2016.

SILVESTRE, Giane; MELO, Felipe Athayde Lins de. Encarceramento em massa e a tragédia prisional brasileira. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, v. 25, n. 293, abr. 2017. Acesso em: 31.07.2019.

WELZEL, Hans. *Derecho penal aleman*: parte general. 3. ed. Santigo do Chile: Juridica de Chile, 1987.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Em busca das penas perdidas*: a perda de legitimidade do sistema penal. 5. ed. Rio de Janeiro: Ed. Revan, 2001.

ZANOTELLO, Marina. O princípio da coculpabilidade no estado democrático de direito. 2013. Dissertação (Mestrado em Direito Penal) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013.

ZILLI, Luís Felipe. Letalidade e Vitimização Policial: características gerais do fenômeno em três estados brasileiros. *Boletim de Análise Político-Institucional*, n. 17, dez. 2018.

Pesquisas do Editorial

Veja também Doutrinas relacionada ao tema

- A verdade como ferramenta de investigação criminal à luz do garantismo penal, de Roberto Antônio Darós Malaquias – *RT* 952/265-293 (DTR\2015\766);
- Direito penal neo-constitucionalista: equilíbrio necessário entre os anseios da sociedade e a legitimidade do ordenamento, de Ivan Luís Marques da Silva – *RBCCrim* 73/83-106 e *Doutrinas Essenciais de Direito Constitucional* 7/205-224 (DTR\2015\10971); e
- Justiça restaurativa e garantismo penal: aspectos de divergência e convergência, de Selma Pereira de Santana e *Tássia Louise de Moraes Oliveira* – *RBCCrim* 136/235-263 (DTR\2017\6311).

O amigo, o inimigo e o criminoso a partir do Direito Fraterno

The friend, the foe and the criminal through Fraternal Law

Fabiana Marion Spengler

Bolsista de Produtividade em Pesquisa CNPq (PQ2). Pós-Doutora em Direito pela *Università degli Studi di Roma Tre*, em Roma, na Itália, com bolsa CNPq (PDE). Doutora em Direito pelo programa de Pós-Graduação *stricto sensu* da Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS – RS), com bolsa Capes. Mestre em Desenvolvimento Regional, com concentração na área Político-Institucional da Universidade de Santa Cruz do Sul (UNISC – RS). Docente dos cursos de Graduação e Pós-Graduação *lato e stricto sensu* da UNISC. Coordenadora do Grupo de Pesquisa "Políticas Públicas no Tratamento dos Conflitos" vinculado ao CNPq. Coordenadora do projeto de pesquisa "O terceiro e o conflito: o mediador, o conciliador, o juiz, o árbitro e seus papéis políticos e sociais" financiado pela Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado do Rio Grande do Sul – Fapergs, Edital 02/2017 – PqG – Pesquisador Gaúcho. Coordenadora e Mediadora do projeto de extensão "A crise da jurisdição e a cultura da paz: a mediação como meio democrático, autônomo e consensuado de tratar conflitos" financiado pela Universidade de Santa Cruz do Sul (UNISC).

Lattes: [http://lattes.cnpq.br/8254613355102364].

ORCID: 0000-0001-9477-5445.

fabiana@unisc.br

Eligio Resta

Doutor em Direito. Professor aposentado de Filosofia do Direito na *Università degli Studi di Roma Tre*, em Roma, na Itália, tendo atuado na Graduação e na Pós-Graduação. Lecionou também as disciplinas de Política do Direito e de Sociologia do Direito.

eresta@uniroma3.it

Recebido em: 31.01.2020
Aprovado em: 11.08.2020
Última versão dos autores: 26.08.2020

Área do Direito: Penal

Resumo: O presente texto tem por tema central o estudo das categorias amigo, inimigo e criminoso. O problema de pesquisa que se pretende responder é: o Direito Fraterno pode ofertar uma leitura contemporânea das categorias amigo, inimigo e criminoso e da forma de punir atualmente empregada? O objetivo é analisar a pertinência

Abstract: The main theme of this essay is the study of the categories; friend, enemy and criminal. The issue to be solved is the following: can Fraternal Law offer a contemporary reading of the categories friend, enemy and criminal and the way of that punishment is currently employed? The objective is to analyze the relevance

do debate sobre Direito Fraterno como ponto de partida de categorias tais como amigo, inimigo e criminoso almejando reanalisar a atual forma de punir. A hipótese apresentada e ao final da pesquisa comprovada mostrou-se afirmativa no sentido de que o Direito Fraterno serve de esteio para uma releitura das categorias amigo/inimigo e criminoso e para uma reanálise da forma de punição. O método de pesquisa utilizado foi o dedutivo, aplicando-se a técnica de pesquisa bibliográfica. Como método de procedimento, utilizou-se o método monográfico.

Palavras-chave: Amigo – Inimigo – Criminoso – Punição – Direito fraterno.

of the debate on Fraternal Law as a starting point for categories such as friend, enemy and criminal, aiming to re-analyze the form of punishment currently employed. The hypothesis presented and at the end of the proven research given to be affirmative in the sense that Fraternal Law serves as a mainstay for a re-reading of the friend / enemy and criminal categories and for a re-analysis of the form of punishment. The research method used was the deductive one. The research method used was the deductive one, applying the bibliographic research technique. As a method of procedure, the monographic method was used.

Keywords: Friend – Foe – Criminal – Punishment – Fraternal law.

Sumário: 1. Introdução. 2. Violência e culpa na relação amigo X inimigo/criminoso. 2.1. A prisão enquanto veneno/antídoto contra/para o "réu". 2.2. O Judiciário e a punição (violência) legítima. 2.2.1. A necessidade/aposta do/no Direito Fraterno. Conclusão. Referências.

1. Introdução

As categorias amigo, inimigo e criminoso podem ser analisadas a partir da relação entre irmãos, abordando o *essere-in-comune* daqueles que compartilham o nascimento.[1-2] Esta é a relação na qual estão representados os lugares da paz e da guerra, da concórdia e do conflito, ou seja, uma ambivalência por excelência. O relacionamento entre irmãos representa, assim, o espaço da solidariedade, da inimizade e da rivalidade, aquele de Antígona e aquele de Caim: a expressão bíblica "irmãos inimigos" pode ser entendida tanto no sentido que se é inimigo não obstante seja irmão quanto de que se é inimigo justamente por ser irmão.

Importante recordar que as relações existente entre amigos, inimigos e criminosos no mesmo território são estabelecidas por suas regras morais, que todos os indivíduos

1. O presente texto foi produzido a partir da pesquisa desenvolvida no projeto: "O terceiro e o conflito: o mediador, o conciliador, o juiz, o árbitro e seus papéis políticos e sociais", financiado pela Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado do Rio Grande do Sul, no Edital 02/2017, PqG FAPERGS, Pesquisador Gaúcho, Processo 17/2551-0001169-4.

2. O presente texto foi traduzido do italiano para o português por Bernardo Baccon Gehlen (Acadêmico do curso de Direito na Universidade de Santa Cruz do Sul/RS; e-mail: begehlen@gmail.com).

deveriam respeitar. Tais regras trazem grandes limitações que partem da renúncia aos instintos naturais do homem, tornando-se a base do Estado civilizado e, por isso, são por ele defendidas.

Nesse ponto, ganha importância a diferenciação entre inimigo e criminoso. O primeiro é aquele que se coloca ou é colocado fora, sempre no externo de um interno: de um grupo, de uma comunidade, de um Estado ou de uma nação. Por conseguinte, o inimigo está sempre "fora de qualquer coisa que blinda os seus confins mais ou menos imaginários justificando-os com qualquer necessidade cogente imposta por uma geografia, política ou cultura, ou então por um simples estado de ânimo" (RESTA, 2005, p. 97).

Por outro lado, o criminoso está dentro do grupo e, na maioria das vezes desenvolve com ele uma relação de pertencimento. O criminoso conhece e reconhece as regras, mas não as respeita; descumpre-as e, por isso mesmo, pertencendo a esse grupo, exclui-se e é excluído pois não respeita o que foi determinado.

Consequentemente, conforme os atuais parâmetros (jurídicos, sociais, morais etc.) quem cumpre as normas é o amigo e quem as desrespeita é o criminoso. Melhor dizendo: quem se submete as regras é o amigo e quem as rechaça é considerado criminoso. Quem rechaça/desobedece as regras é castigado, punido.

Partindo de tais premissas, o presente artigo pretende responder ao seguinte problema de pesquisa: o Direito Fraterno pode ofertar uma leitura contemporânea das categorias amigo, inimigo e criminoso e da forma de punir atualmente empregada? Para chegar a uma resposta objetiva-se analisar a pertinência do debate sobre Direito Fraterno como ponto de partida de categorias tais como amigo, inimigo e criminoso almejando reanalisar a atual forma de punir. A hipótese que se apresentou é afirmativa no sentido de que o Direito Fraterno serve de esteio para uma releitura das categorias amigo/inimigo e criminoso a para uma reanálise da forma de punição.

Para fins de cumprir com o proposto o método de abordagem utilizado foi o dedutivo, partindo da relação entre argumentos gerais, denominados premissas, para argumentos particulares, até se chegar a uma conclusão. Como método de procedimento foi utilizado o método monográfico, a partir da leitura e fichamentos de fontes bibliográficas ligadas ao tema da pesquisa.

2. Violência e culpa na relação amigo X inimigo/criminoso

A ideia da prisão vem sempre acompanhada de outra coisa; não se exaurem mais os seus contornos. Remete, invoca, transfere: em sua forma moderna, é arquitetura que incorpora se dissociando do resto. Congrega as lógicas paradoxais de uma inclusão que exclui; oscila entre espaço e tempo, entre corpo e mente, entre caso e Lei, contingência e destino, entre memória e esquecimento. Desde sempre local do paradoxo o qual, cada sistema social apresenta tentativas de autorregulação dos próprios problemas, se altera no tempo permanecendo igual. Pensada originariamente como local de caráter provisório

para os inimigos, se torna investimento definitivo de destino dos criminosos através de um estranho processo de "arquivamento" hipócrita do problema; nisso, incluem-se guetos dickensianos e modernos "centros de acolhimento" (é um eufemismo), onde os povos imigrantes consumam esperas inúteis. Os seus nomes, em grande número, são traços visíveis dos seus paradoxos. Um, em particular, conserva na sua arqueologia o sentido do problema. É a palavra "segredos", porque escondidos, mas também porque *se-cretae,* separados, isolados.

A prisão é algo diferente. Representa uma outra história. Reproduz, invariavelmente, um "não somente", em que se mesclam "secularização da culpa" (RESTA, 1997, p.121) e o jogo da exclusão. Cordero (1985) sempre nos lembrou os tantos aspectos ambíguos da "representação" penal, "sendo figuras contrapostas delito e pena".

Esse é o local por excelência para uma "função" diferente e indefinida, o qual oscila entre a retribuição e a alteração, a ressocialização e a custódia, a vingança social e a garantia contra essa; é teatro público e crueldade. Sem meio-termo para Nietzche (1984, p. 55.), a pena era nada mais do que "mímica da guerra e da festa".

Nascida no mundo moderno como tentativa de humanização das penas para que garantisse, também, uma maior economicidade, hoje a prisão impõe reflexões coletivas: não basta fundar a sua substituição em hipócritas medidas de tecno-segurança baseadas em uma imaginária infalibilidade de qualquer dispositivo (eufemisticamente definido como tornozeleira eletrônica); hoje a prisão é local de uma recriminação difícil de compreender, mas da qual seria hipocrisia prescindir.

Estranha palavra, se dizia, "recriminação": remete-nos a uma reiteração de um crime, sobre um outro crime que se comete quando se lamenta de alguma coisa. As palavras têm histórias silenciosas, as quais não deveriam ser esquecidas: há uma identificação familiar entre o crime, a crítica, o cume sobre o qual nos colocam. O que essas palavras compartilham é o jogo da separação entre campos, entre o verdadeiro e falso, o bonito e o feito, o bom e o mau, o legítimo e o ilegítimo, o útil e o inútil, o culpável e o inocente. Dividir em dois o mundo, separando os cumes e garantindo um lugar definitivo às coisas, é atividade do julgar e do sentenciar, mas não exatamente do compreender. Isso explica o lento desaparecimento do crime na crítica e da crítica no crime: um crime depende da sua sentença, e cada sentença depende do seu crime. Estamos no coração do nosso problema: banalmente, mas nem tanto, a prisão é o local de uma separação, o qual cada sistema social teve de construir todas as vezes que teve de se observar e se regular. Nesse ponto, procuraremos analisar a prisão devolvendo ela a sua declarada "aposta" na diferença em relação à violência.

Operação poderosa aquela dos sistemas sociais que têm elaborado para si a diferença entre um inimigo e um criminoso. Há uma longa história que perpassa essa diferença, que a precede e que a segue, que se desenvolve através do sutil cume de uma linha que separa o interior do exterior de uma sociedade e que trabalha com uma lógica binária de inclusão e exclusão. Os jogos, obviamente, são duplos.

Inimigo indica um estado de inimizade, diferente de não ser amigo, o qual se coloca ou é colocado fora, não se sabe do quê, mas sempre no exterior de um interior: de um grupo, de uma comunidade, de um Estado, de uma nação. Está sempre fora de algo que blinda os seus limites, mais ou menos imaginários, justificando-os com qualquer necessidade vinculativa imposta por uma geografia, por uma política ou por uma cultura, até mesmo por um simples estado de ânimo.

O inimigo quando vem identificado serve, inclusive, para reforçar os limites de um *inside,* de um território qualquer e de qualquer natureza que conservará a característica de um *Nomos der Erde*[3] traçado pela apropriação de uma terra. Sentimento e razão dos tais *nomos,* vão literalmente compreendidos como apreensão física que exercita a própria prepotência sobre determinada coisa, terra, casas, prêmio, homens. Mas, também, ao mesmo tempo, é metáfora das relações de soberania. Isso explica porque é tão difícil entender a rivalidade e a inimizade consigo mesmas e demonstra como é inquietante explicar as guerras civis internas, inclusive a das próprias paixões.

Frequentemente, quando a identidade dos "amigos" está em crise, se adverte a necessidade de recorrer à identificação de um inimigo, mais ou menos verdadeiro, que reforce a unidade; não há melhor exemplo que os constrangimentos na escolha. Não é necessário ir longe para descobrir que construir uma diferença para definir a identidade não é uma operação saudável, contudo acontece, e com certa frequência.

A história do criminoso é mais complicada. Contém uma história singular que poderíamos definir de diferenci*ação das diferenç*as, que operam sobre uma repartição entre interior e exterior. O inimigo mora no exterior, porquanto no interior está o criminoso, o qual, em realidade não é o inimigo e que, por isso, deve ser distinguido do inimigo interno (definido pela derivação da dupla *inimicus/hostis)*. Figura nascida em adjacência aos *arcana seditionis,* o inimigo interno é aquele que, frequentemente, justifica uma soberania forte, capaz de decidir sobre o estado de exceção e, que justifica com sua presença, mais ou menos imaginária, a validade de um *pouvoir constituant*. Enquanto o inimigo interno é, justamente, exceção (*Ausnahme),* o inimigo externo é condição normal. Os Estados se armam, possuem serviços secretos, espiam, frequentemente se sentem ameaçados por conspirações, aliam-se contra outros, estabelecem tratados de não beligerância: externamente não há inimigos ou aliados, tampouco há terceiros (SPENGLER, 2019a). Portanto, internamente, quando não há emergência excepcional do inimigo interno, se é "amigo"; mesmo depois da época clássica que identificava cidade e amizade (*polis* e *philia),* e depois que se consumou a despolitização cristã da amizade, a sociedade moderna reintroduz o código da inimizade, exportando-o para fora de si (SPENGLER, 2012).

3. Referência à obra de Carl Schmitt, intitulada Der Nomos der Erde im Völkerrecht des Jus Publicum.

Internamente, a amizade é substituída por um pacto contratual, por meio do qual, se cessa a violência originária em troca de lealdade e obediência às regras (SPENGLER, 2017). A inimizade deixa o lugar para a transgressão das regras; no local do sentimento compartilhado de amizade (WERMUTH; SPENGLER, 2019c), a fim de estabelecer a regra do vínculo social, a Lei intervêm contratualmente, compartilhada por cidadãos identificados pelo local de nascimento. O contrato social justifica a lei e vem assumido como um pressuposto, a partir do qual, é possível a convivência civil e política; é "como se" um contrato tivesse sido estabelecido e, a partir dessa assunção, a força da ligação se tornasse a força da lei (SPENGLER, 2017).

Internamente, não é mais necessária a dimensão da amizade; a lei ocupou o lugar e, por isso, consequentemente, instituiu o soberano e o Terceiro, realeza e código, príncipe e juiz. Uma vez deslocada ao exterior, a diferença entre amigo e inimigo deve ser reintroduzida e transformada; os códigos binários devem mudar de rota e, uma vez abandonado o terreno da *philia*, esses começam a distinguir entre quem respeita a lei e o criminoso (RESTA, 2005). Em busca de uma diferença a ser conquistada entre o direito e a moral, o criminoso está sobre a linha ambígua de um limite entre a inimizade e o racional, medido pela legalidade; conserva sinais de uma metamorfose nem sempre alcançada. (RACINARO, 2000). Logo, está sobre a linha de demarcação entre um dentro e um fora, entre uma inclusão e uma exclusão. Os oxímoros[4] fazem a justiça desse estado de exclusão dos inclusos que cada criminalidade vem a representar. O criminoso era o *sacer* das XII tábuas e a sua sacralidade era símbolo de cada suspensão (AGAMBEN, 1995); cessa-se de ser o ímpio, mas continua a participar daquele mecanismo de impiedade. Essa duplicação da exclusão é o sintoma visível daquele passo notório dos lineamentos da filosofia do Direito de Hegel, no qual se diz que o grau máximo de reconhecimento do ordenamento jurídico se tem, justamente, com a transgressão; o ladrão reconhece a lei em toda sua validade, justo porque rouba e esconde.

Esse é o jogo dúplice de exclusão e inclusão, de banimento do *bandito* (do *Waldgänger)*, o qual faz parte da comunidade sem fazer parte dela e, por isso, reproduz um dos tantos paradoxos da comunidade impossível. Reproduz a ambivalência de um contrato social que é a ligação e, ao mesmo tempo, incorpora a ruptura. É o traço de uma dimensão ecológica do problema da criminalidade pelo qual queremos recomeçar. Por meio deste, queremos indicar um paradoxo comunicativo que consiste no seguinte: a criminalidade se produz no interior da sociedade e na sociedade encontra os seus remédios. Atentemo-nos bem quanto à atribuição de qualquer coisa ingenuamente absolutória ao paradigma que leva a considerar a criminalidade como produto da sociedade, uma vez que a ideia de culpa e de responsabilidade é pura invenção ou simples ideologia. Queremos, ao contrário, dizer que a criminalidade se produz na sociedade e que essa vai realocada onde surge o problema. Somente assim se pode compreender que a criminalidade põe um

4. A palavra oxímoro vem explicitar a figura na qual se combinam palavras de sentido oposto que parecem se excluir, mas que, no contexto, reforçam a expressão (p.ex.: exclusão dos inclusos).

problema de observação e de regulação da sociedade na sociedade. Devolver à criminalidade o seu lugar significa, justamente, dar um primeiro passo em direção à comunicação ecológica que se instaura na sociedade entorno dela mesma, a fim de entender as razões e as loucuras do problema da criminalidade e dos seus remédios. Analisaremos o problema em duas perspectivas diferentes: a primeira será a da lógica "problema-antídoto", para entender se e quais lógicas imunitárias escolhem os sistemas sociais; a segunda será a dos jogos geopolíticos da observação e da regulação da criminalidade (WERMUTH; SPENGLER, 2017).

2.1. A prisão enquanto veneno/antídoto contra/para o "réu"

A expressão que usamos é aquela das "lógicas imunitárias": essa deve ser considerada seriamente, dado ao fato que cada sistema social, frente ao problema dos comportamentos que alteram o equilíbrio da convivência e da consciência de que o problema surge internamente, deve ativar remédios destinados a neutralizá-los. Trata-se, portanto, de observar a transgressão como problema no instante em que essa mina a estabilidade, ou seja, não sempre e nem por toda a parte, mas regulando-a dentro do próprio sistema social. Não se trata de uma outra sociedade, mas da mesma sociedade que cria o problema e que tende a resolvê-lo; a tentativa de ler a transgressão como se fosse operada por atores que não são "dessa" comunidade, dessa cidade, desse mundo, dessa sociedade, se opõe à essa consciência (RESTA, 2005).

Se procede, desse modo, pela separação dos tipos bons contra os maus, malvados contra justos, justos contra injustos e assim por diante. Do ponto de vista do sistema social, essas diferenciações não se sustentam; a sociedade produz, simultaneamente, um e o outro, e o um por que o outro, uma coisa porque outra. Assim, se produz a "doença" e o seu remédio, o veneno e o antídoto. Nos ocupamos deste tema (RESTA, 1996) no momento em que procuramos reconstruir o mecanismo pessoal mediante o conceito platônico de *pharmakon,* que é ponto máximo da ambivalência e que, não por acaso, ligava a lei e a violência. O *pharmakon* era exatamente esse jogo de oscilação que indicava, ao mesmo tempo, o veneno e o seu antídoto, a cura e a doença, assim como a vítima e o seu carrasco. O veneno usado em doses adequadas se tornava antídoto, mas, ao mesmo tempo, o antídoto continuava a ter natureza de veneno: aquilo que era a doença se tornava a cura, para que se invertesse, um pouco depois, na cura que se tornava doença. Uma não estava dissociada da outra. A violência era a cura da violência. Assim, a Lei tinha de ameaçar e usar a violência para combater a violência; quem usava a violência era passível de uma outra violência e, logo, o carrasco se transformava em vítima. Proibia-se aquilo que se prescrevia e se prescrevia aquilo que se proibia; assim, a imunização sobrevinha por técnicas de retroação e de dependência. O mecanismo continua estável, mas, com o tempo, muda a técnica de combinação: o que varia é o enquadramento da observação, da descrição e da regulamentação do problema atribuído às estratégias imunitárias (RESTA, 2005).

Grosso modo, há três grandes modelos dessa lógica imunitária: o primeiro é aquele relacionado ao sacrifício, o segundo é aquele da *faida*, o terceiro é o da violência fria e administrada monopolisticamente de um aparato judiciário burocrático. Em todos os modelos se usa "ecologicamente" a violência como antídoto da violência, mas com justificativas diversas e dentro de quadros de referimento diferentes. No sacrifício, a justificativa é religiosa e a sociedade manda ao sacrifício a fim reconstituir a ordem "graças a" uma intervenção divina (GIRARD, 2005). A violência sobre a vítima catalisa a violência da comunidade e a sociedade inteira se observa através do Deus.

O paradoxo está na necessidade de eliminar alguém para que não se elimine, assim o veneno se transforma em antídoto, e vice e versa. O inocente se torna culpado e o culpado, inocente. O sacrifício deve interromper o circuito "mimético" da vingança[5], mas, para fazê-lo, tem de incorporar a violência de todos em um ponto, concentrando-a sobre uma vítima que represente a culpa e a penitência da comunidade inteira (ZAGREBELSKY, 1995).

No segundo modelo, a violência é simétrica; a justiça se baseia no êxito de um duelo ou de uma guerra como se fosse o êxito no serviço ou de um juramento de Deus. Contra a violência se realiza a mesma violência; é o modelo, ainda hoje, da comunidade internacional. Há necessidade de esperar a construção do Estado com os seus aparatos de soberania que monopolizam a violência para delegar à um terceiro, um juiz, a última palavra sobre a violência.

Somente aqui a culpabilidade é definida por uma lei e a violência é o êxito de uma contabilidade administrada por um juiz o qual, ao condenar alguém, um indivíduo, evita que a violência se propague. Contra a vingança de um clã ou da sociedade, a violência punitiva é regulada e administrada em nome de todos, até mesmo do culpado. Daí surge a diferença entre inimigo e criminoso e dentro dessa história está a tentativa iluminista de evitar o excesso inútil de pena: as justas doses de veneno, até que sejam antídotos, devem ser previstas e reguladas. Evitar excessos significa devolver eficácia à pena: necessita-se punir menos, mas punir melhor. E pode-se entender bem qual o risco de uma pena que seja muito violenta: o remédio volta a parecer muito com o mal que se diz combater. Nesse caso, a imunização que se pretende realizar se torna a perpetuação da doença. A aposta na diferença se perde na partida e retorna a um estado de indiferença entre o crime e a pena, que nos remete ao início.

No que tange ao punir melhor, introduz-se o projeto de regulação da pena contra o arbítrio da punição, de inserir o direito onde tinha somente a técnica da punição, de institucionalizar um local onde excluir, separar e, ao mesmo tempo, se iludir em educar e

5. A ideia de circuito mimético é trazida por Walter Benjamin (1981), a partir da noção de mimesis, e pode ser concebida como a capacidade de reconhecer e produzir semelhanças e se retroalimentar delas (processo cíclico ou circular), de modo consciente e/ou inconsciente. O círculo vicioso da violência é um exemplo da estrutura mimética dos fenômenos de violência.

garantir. A prisão é ainda isso, pertence a essa fase e a esse modelo, sendo também o local da recriminação.

A história da prisão, se dizia, representa outra coisa. Recusa a redução à contabilidade entre transgressão de uma norma e aplicação automática de uma pena e se torna banco de prova da democracia, local de verificação da aposta na diferença entre o direito e a prepotência.

Nascida como local de coleta e de arquivo, de classificação e de isolamento, típico do monastério, das escolas, do zoológico, se torna a construção que começa a praticar as funções que o sistema social diz de realizar com a pena. Falar em nome da sociedade, seja a cultura penal ou os *repeat players*[6], juízes, advogados, carceirados e carceireiros, pouco muda: se falará de vingança, defesa social, retribuição, emenda, reeducação. Mais a função da pena se torna complexa, mais o mecanismo da justificação deverá alargar a visão e mais, imprescindivelmente, deverá acertar contas com os paradoxos de cada exclusão. A pena descobre que para se justificar, deverá se tornar oxímoro; desse modo, se falará de pena ressocializante, de reeducação punitiva e assim por diante.

Se dirá, desse modo, que as penas, para deixarem abertas as chances de ressocialização, devem ser breves, mas para construírem projetos de ressocialização é necessário tempo longo. A máxima da solução paradoxal se observa com os detentos provenientes, cada vez mais, de outras culturas e que, em função disso, faz-se necessário articular projetos de ressocialização; no que tange aos menores, por exemplo, tudo isso significa fazê-los perder a identidade e transformá-los em modelos predefinidos de cidadãos. Tem-se dito, atualmente, que a pena deve ser útil e, assim sendo, deve deixar vivas as esperanças. Em seguida se mantém o ergástulo, que é uma pena perpétua. Com o ergástulo se define uma ideia irrevogável de tempo parado, paranoicamente àquilo que se consuma em um instante: assim, a pena será definida para sempre baseada no que ocorre no tempo breve do delito. Perdurará para sempre aquilo que se fez em um instante (RESTA, 2005).

Aqui, tem-se um ponto decisivo: enquanto os códigos modernos tendem a distinguir o ser do comportar-se, e a valorar aquilo que um fez, independentemente daquilo que ele é (vermelho, branco, negro, fascista, comunista etc.), a pena reintroduz a identidade e a personalidade e recoloca inevitável personalismo, trabalhando com duplo código do punir alguém porque *é*, invés de punir por ter feito alguma coisa. A pena vem cominada porque se fez alguma coisa, mas logo ela vem reduzida porque se é alguma coisa. Sequer a prática burocrática de identificar os detentos com um artigo do código apaga a contradição.

Do resto, tudo isso não pode ser considerado incidente ou a deriva incontrolada de um processo o qual, iniciado com o iluminismo, não devia mais parar. Por toda a história

6. *Repeat players* são os "jogadores" habituais" (juízes togados e não togados, advogados, administradores, forças da ordem, e outros). Representam engajamento em diversas causas jurídicas e se contrapõem aos "one-shotters", chamados também de litigantes eventuais, os quais recorrem ao sistema jurídico ocasionalmente.

moderna percebe-se misturar o plano da emancipação e dos direitos com o plano da técnica da sujeição; entretanto, vão incluídas as duas coisas, nunca uma sem a outra. Diz-se isso, pois, frequentemente, vendem-se ressurreições foucaultissimas[7] de armazém que tendem a reduzir a questão do direito moderno a um complô de poder que tende, unicamente, a refinar as técnicas de sujeição; assim como, do mesmo modo, comumente, emergem leituras que valorizam apenas a expansão de um projeto de emancipação ligado à afirmação dos direitos, sem examinar as formas de poder implicadas (FOUCAULT, 1987).

É esse poder que não vai demonizado por trás das epistemes evanescentes, mas que é visto como prática cotidiana que vive daqueles inevitáveis infundamentos, que derivam do fato de que se regula ecologicamente o problema da transgressão da sociedade na própria sociedade, e que o local onde nasce o problema é o mesmo local onde o problema é resolvido; mais dramaticamente, o local onde se deveria resolver o problema, é sabido, é o local onde o problema renasce, pois é o local da privação (dos direitos, da vida etc.) e ninguém conhece as doses, tampouco a eficácia dos *pharmaka* (RESTA, 2005).

Em outras palavras, não deve, absolutamente, maravilhar-nos o fato de que a prisão seja um local privilegiado por paradoxos que exijam, constantemente, a devolução do problema à sociedade; assim se fazia no início dos anos setenta quanto ao problema da doença mental, para, então, descobrir-se que a sociedade é a pior dos seus manicômios. Aliás, esse mesmo conhecimento tinha compelido os sistemas sociais a construírem um espaço autônomo e separado, no qual a legalidade fosse a aposta da diferença: e isso permanece até hoje. A prisão é parte dessa história na qual se queria distanciar do arbítrio da punição e da violência e, do mesmo modo, isentar-se dos delitos. Não sabemos se sempre se teve fé nessa aposta.

2.2. O Judiciário e a punição (violência) legítima

Contra o capricho do suplício do soberano, a prisão, que consome "mais utilmente" o tempo da punição e não a exaure no momento da festa pública de um suplício exemplar, é a resposta menos arbitrária. Em face da ideia da inquisição construída sobre o sigilo de processo e sobre a visibilidade da pena, o Estado de Direito fez uma reviravolta nos termos do jogo da observação: o processo se torna local e rito público de um confronto dialético (contraditório) das palavras onde, um juiz, justamente, diz a última palavra sobre o caso, e condena a uma pena "discreta", não mais exemplar, distante dos olhares e da pompa da festa (RESTA, 2014).

7. Refere-se, de modo figurativo, aos mecanismos disciplinares de poder (objetivamente a ideia da ressureição), os quais, Foucault (1987), argui terem sido decisivos para o desenvolvimento do Cristianismo. No texto, a ideia de vender "ressureições foucaultissimas" está relacionada à tentativa de encontrar e disseminar soluções "inovadoras" no plano das técnicas de sujeição.

A perda de visibilidade traz segredos, controlável apenas com leis e práticas "humanas" de separação dos olhares públicos: não é por acaso que o problema mais recente das democracias foi o de abrir as prisões, de tornar menos técnica a detenção através da intervenção do *magistrato di sorveglianza*.[8] A prisão, paradoxalmente, se tornou um local de combate por Direitos Humanos pois está, obviamente, imersa na sombra do sigilo em que são praticadas novas injustiças; tampouco é legítima a comparação entre direitos na prisão com a existência, certamente paradoxal, de um Direito da guerra.

Hoje, as frentes abertas de discussão pública sobre a prisão, sobre como punir (FOUCAULT, 1987), deveriam se preocupar, sem mediação e hipocrisia, com aquilo que implica na comunidade a necessidade de punição, e como seria a aposta em uma diferença praticada por um sistema fundamentado na legalidade. É inevitável que se pense sobre uma redução dos tempos da punição, sobre uma humanização dos locais, assim como uma pesquisa de eficiência da pena, justo em função de uma redução qualitativa e quantitativa e uma reconquistada "legalidade".

Tudo isso não pode esconder os paradoxos os quais tínhamos falado e dos vínculos de uma escondida antropologia do castigo.

Ao nos guiar nesses meandros difíceis, Canetti (1995) nos remete àquela separação típica do mecanismo punitivo, no qual, o público é, ao mesmo tempo, o fiador da legitimidade da condenação (emanada em nome da soberania do povo) e o destinat*á*rio da mensagem punitiva. Público da punição é, ao mesmo tempo, o carrasco e a vítima: enquanto nos suplícios medievais tudo se consumava no momento da festa e a violência da punição se replicava sobre a dupla natureza do público fiador e destinatário do poder de punir do soberano, hoje a relação se tornou mais refinada e complexa. Em *Massa e Poder*, falando da metamorfose da massa, Canetti (1995) nos apresenta o jogo da incorporação que acontece na prisão através da detenção (prisão significa isso) de alguém e a sua inserção em um local secreto pelo do fechamento de grades. Equivalem-se a maxilas que se fecham; mas, sobretudo, nos mostram as massas "incitadas", que lapidam e desviam a morte sobre os outros. As massas do linchamento existem por isso: se desprendem logo após o linchamento, justo porque se sentem ameaçadas pela morte que elas mesmas prepararam. Há, do mesmo modo, as massas que decretam a expulsão do singular: essas banem e deixam o indivíduo sob perigo da solidão ou da natureza. Sem dúvidas, as formas modernas de execução pública derivam das massas de matança coletiva, nas quais nenhum é o carrasco, pois todos o são (ZAGREBELSKY, 1995).

O desgosto é recente e improvável, dissera Canetti (1995). Isso não vai sobrevalorizado: na verdade, ainda hoje se participa das execuções públicas pelos jornais e pela televisão. A comunicação de massa se transforma, mas replica o jogo da separação; fica-se

8. *Magistrato di sorveglianza*, pelo ordenamento jurídico italiano, é parte da magistratura que se ocupa, fundamentalmente, da supervisão (*sorveglianza* = em pt. vigilância) do direito dos detentos durante a excução da pena (direito da execução penal). Vide art. 27 da Constituição Italiana e Lei 354 de 26 de julho de 1975. (N.T)

em casa na própria poltrona e, assim, não se dirige ao local da execução da sentença. Distancia-se da condenação e, ao mesmo tempo, se é cúmplice sem mostrar traço algum de cumplicidade. No público dos leitores de jornais (como da televisão), dissera Canetti (1995), diminui-se o entusiasmo, mas aumenta-se o grau de desresponsabilização: isto constitui a forma mais desprezível e, ao mesmo tempo, mais estável "pois não se deve sequer se reunir". Tal forma de massa pode ainda evitar a própria desagregação; o jornal na sua repetição quotidiana, toma conta das suas distrações" (CANETTI, 1995, p. 59). O efeito é aquele de uma outorga da confiabilidade nos aparatos do mecanismo da punição, reduzido, no melhor dos casos, à técnica neutra que se exonera do "sentir-se parte" do inteiro mecanismo e ajuda coletivamente a remover o problema.

Assim, continua a se consumar o paradoxo e continuará ainda, por muito tempo, até quando o sistema social não terá, antes procurado e depois praticado, outras formas de controle dos próprios problemas: sobre isso, não se pode dizer que serão melhores ou piores, mas que serão e, se o forem, diferentes. Por ora, em face da violência, não se encontrou nada melhor do que a tentativa de reduzir a violência por meio do processo judiciário e da legalidade da prisão, contanto que essa realmente exista e não esconda uma outra violência arbitrária. Já Radbruch (2004), invocava qualquer coisa de melhor de um Direito Penal e da sua prisão, e não da prisão e Direito Penal melhor; talvez deveríamos, por ora, contentar-nos com prisões e um Direito Penal melhor, temendo que qualquer coisa de melhor possa existir e, em inexistindo autorreflexão, uma outra forma apenas tecnologicamente mais refinada de violência, um outro antídoto pior do seu próprio veneno.

2.2.1. A necessidade/aposta do/no Direito Fraterno

O passo não é fácil, porém, desviando o olhar do código do amigo-inimigo e se liberando daquela obsessão singular da política como ideia de neutralização da hostilidade, se abrem outros horizontes. Os códigos fraternos estão ali para nos recordar: não é dito que o controle dos processos normativos deva sempre estar direcionado a cultivar estados de devoção interna dos amigos, graças à definição de inimigo (SCHMITT, 2009). O exemplo das legislações sobre a imigração vale para todos e nela, assustadoramente, a inimizade reaparece e, no qual inquietantes combinações entre guerra e direito se reacendem: infelizmente, é verdade que isto ocorra e que prevaleça o míope egoísmo de quem pensa sob a perspectiva de pequenas e estéreis devoções. Poderia ser diferente, mas nem sempre essas outras possibilidades são adequadamente cultivadas.

Insistir nesses outros olhares abertos dos "códigos fraternos" não é indulgência para com uma ingenuidade destinada a sucumbir na luta ímpar com aqueles "cinismos", frequentemente mascarados de realismo (RESTA, 2005). O vínculo imprevisto entre esse presente inquieto e o passado iluminista se faz mais denso e impõe novas "autocompreensões normativas" das quais, os Direitos Humanos, em cada canto desse mundo, são a expressão mais nítida.

Por isso, então, retornamos àquele binômio constituído de direito e fraternidade (SPENGLER; MARTINI, 2019b) que, prima pobre da modernidade, recoloca em jogo

um modelo de rega da comunidade política; modelo não vencedor, mas possível (RESTA, 2005). É uma parte do direito vivente (RESTA, 2008) o qual, não necessariamente, deva sempre exaurir-se no direito vencedor.

Importa, pois, relembrar as passagens fundamentais do Direito Fraterno como condição mínima daquele direito vivente que aguarda a sua forma:

a) O Direito Fraterno é direito jurado em conjunto por irmãos, mediante um pacto no qual os pactuantes decidem compartilhar regras mínimas de convivência. Portanto, é um direito convencional cujo olhar está direcionado para o futuro. O oposto ao Direito Fraterno é o "Direito Paterno", que é imposto pelo "pai senhor da guerra". Por este direito paterno se "deve", unicamente, jurar (*ius iurandum*). A *coniuratio* dos irmãos não é contra o pai ou contra um soberano, um tirano, um inimigo, mas objetiva uma convivência compartilhada, livre e distante da soberania e da inimizade. Isso é jurado de modo conjunto, mas não é produto de uma *congiura*.

b) Por isso, é livre da observação da identidade que deveria legitimá-lo. Está longe de um *ethnos* que o justifique, mas pronto a construir um *demos* graças a um pacto. A sua "raiz errante" encontra o seu terreno em um espaço político aberto, privado daquele território que, mais ou menos artificialmente, justifica o domínio. Não demanda mais justificações do que a *com-munitas*, justamente a tarefa compartilhada (RESTA, 2005).

c) Sua atenção, direcionada além da fronteira, em direção de proximidade distante, exige revogações enérgicas daquele "direito de cidadania", o qual sempre foi local de exclusão através de um *ethnos*. Por isso, a sua forma é aquela dos direitos humanos, desde que esses sejam esvaziados de metafísica e livres de uma retórica unicamente consolatória. A atenção se direciona à humanidade como um "local comum", e não como abstração que confunde tudo e mascara as diferenças. Os Direitos Humanos têm uma dimensão "ecológica". São o espaço, no qual, os polos opostos passam a ser reaproximados: isso permite compreender que os direitos humanos podem ser ameaçados unicamente pela própria humanidade, mas podem ser tutelados sempre e, unicamente, pela própria humanidade; não por uma natureza, um Deus, um Terceiro, por uma outra abstração metafísica qualquer, mas por homens de carne e osso, por nós, na vida quotidiana.

d) O conhecimento da distância entre ser homem e ter humanidade sugere ao Direito Fraterno uma antropologia dos deveres, que corresponde, de acordo com Weil (1991), à gramática dos direitos. Despidos de metafísica, os direitos humanos são o local da responsabilidade e não de delegação; esses constituem a crítica mais forte da "tolerância" daquela prática, ainda que virtuosa, que confirma e se alimenta de todas as dissimetrias; por isso, esses pedem a revogação mais decisiva de todos os etnocentrismos. Por isso, o Direito Fraterno é cosmopolita (RESTA, 2005).

e) Destituindo o jogo de amigo-inimigo, o Direito Fraterno é não violento. Não incorpora a ideia do inimigo sob outra forma e, por isso, é diferente em comparação à guerra. É, se dizia, jurado junto, mas não como produto daquela conspiração que leva simbolicamente à "decapitação do rei" e, que, é notório, carrega sensos de culpa que sobrevivem ao jogo "sacrificial" de qualquer democracia. Por isso, não se pode defender os Direitos

Humanos enquanto os está violando; a possibilidade da sua existência está no evitar o curto-circuito da ambivalência mimética (típica do *pharmakon)* que o transforma de remédio em doença, de antídoto em veneno. Deixa aberta a estrada da media-azione antes que o juiz diga a última palavra. A minimização da violência traz uma ideia de jurisdição mínima, não máxima, e é uma tentativa de resposta àquela "tribunalização da história" que o Ocidente está atravessando.

f) É, portanto, contra os poderes, de todos os tipos, de uma maioria, de um Estado, de um governo que, se sabe, exercitam o domínio sobre a "vida nua"[9].

g) O Direito Fraterno é inclusivo, no sentido que escolhe Direitos Fundamentais e define o acesso universalmente compartilhado a bens "inclusivos". Bens e direitos fundamentais são inclusivos quando o indivíduo não pode aproveitar sem que, ao mesmo tempo, não aproveitam todos os outros. O ar, a vida, os patrimônios genéticos só podem ser inclusivos; não podem ser apropriados quando não são igualmente distribuídos.

h) É a aposta na diferença em comparação aos outros códigos que consideram as diferenças entre amigo e inimigo; nisso, é particularmente instrutivo o modelo kantiano de *Menschenfreund,* que Freud e Einstein releem nos seus debates dos anos 1930 sobre a guerra.

Ao mesmo tempo, a gramática dos seus verbos evita acertadamente o imperativo: não se pode falar de "dever ser" – "o imperativo categórico cheira à crueldade", sugeria Nietzsche (1984). Remete-nos, portanto, à sensação de uma aposta, na qual, o jogo é a diferença do Direito frente ao mundo que se pretende regular. Trata-se, finalmente, de um modelo de direito que abandona a fronteira fechada da cidadania e olha em direção à forma nova de cosmopolitismo, que não os mercados, mas a inderrogabilidade universal dos direitos humanos sobre o egoísmo dos "lobos artificiais" ou dos poderes informais que, sob suas sombras, governam e decidem. Fala-se, portanto, de uma proposta frágil, infundada, que desafia sem impor, que arrisca a desilusão, mas que vale a pena cultivar: vive de espera cognitiva e não de arrogância normativa.

A fraternidade recoloca em jogo o compartilhamento de pactos entre sujeitos concretos, com as suas histórias e diferenças, não com o poder e posições privilegiadas que ocultam o egoísmo na abstração (dos procedimentos neutros, do poder de definição, da escolha da relevância em torno do tema da decisão, da cidadania). Por isso, "a vida" será sempre em excesso comparado com o direito. Um bom modelo de convivência jurídica deve evitar de colonizar sempre e, a todo custo, a intimidade, deixando espaço à "soberania" de cada um sobre si mesmo: não a soberania centralizadora de um Estado, de uma maioria, de um poder de governo, mas aquela de cada um sobre a sua própria vida, sabendo que talvez ali o espaço compartilhado da solidariedade seja mais próximo.

9. A concepção de "vida nua", desenvolvida por Walter Benjamin (1981), perpassa diretamente pelo estudo do estado de exceção de Giorgio Agamben em *homo sacer*. O conceito remete a uma vida humana desprovida de direitos a qual, na modernidade, perdeu a especificidade e restou vazia de atributos e historicidade; "vida nua" é a forma na qual o controle político-estatal se apropria e delimita a vida dos indivíduos.

Conclusão

A história do Direito Penal, sabe-se, é crivada de tentativas de *limitar* cada arbítrio e prepotência e de minimizar a violência. É, portanto, história de uma diferença entre a transgressão, o sagrado e o mal. O trabalho judiciário, já árduo no campo do sistema penal, complica-se cada vez mais porque se compromete a resultados delicados baseados em provas materiais, mas obriga, ao mesmo tempo, quase inconscientemente, que os juízos invistam, não nas ações, mas na personalidade e na identidade do réu. São histórias notáveis. Aliás, vemos atualmente e veremos para sempre, quão difíceis são os balanços a fazer, quão complicado é computar os custos e benefícios da lei. Ou, talvez, a contabilidade não seja bem a linguagem adequada para lei e, em particular, a lei penal.

Os juízes aos quais, cotidianamente, são delegadas essas tarefas sabem bem quanto as estratégias podem ser eficazes e arriscadas, quanto o sucesso da lei, um pouco depois, pode se reverter em custos insuportáveis. Em face do aumento anômalo da discricionariedade, são os juízes, de fato, os primeiros a advertir sobre a necessidade de resultados e de prudência na valoração; mas, também, é ao desprazer do juiz que são imputados as perdas de garantias e o uso casual do mecanismo fiduciário. Se amplifica o risco da decisão e, após, recrimina-se sobre o risco: conhece bem e, há tempos, a dupla-ligação com a qual as instituições trabalham. Assim, ainda hoje, a maior precisão e o maior rigor da lei, invocados em voz alta no sistema político, colidirão com a necessidade de obter melhores resultados na luta contra a criminalidade organizada, por exemplo.

Além da política penal, parece que não se pode imaginar outras soluções e outras respostas no sistema político. Tudo isso tem a ver com técnicas jurídicas, mas envolve também "antropologias" mais complexas. Parece que não se pode ter outra forma de se "aproximar" do mundo da criminalidade e "desconstruir" os processos, nem com políticas sociais, nem de outro modo. O nó está justamente aqui: a criminalidade é, por certo, inimiga, mas funcional. Logo, o único modo de se relacionar com ela é por meio da troca, um sinalagma que confirma a "duplicidade".

Não se pensa em uma mudança no interior, mas se atua com uma estratégia astuta dentro do jogo do vencer e perder; isso explica também a diferença estrutural que acompanha todos os casos de arrependimento, até mesmo, por exemplo, quando esse aflora em qualquer sujeito que foi criminoso e que diz "basta, basta", e se sente "outra pessoa".

Não seremos nós a negar a necessidade de entender e de distinguir caso por caso, pessoa por pessoa; ao mesmo tempo, adverte-se a necessidade de experimentar outra forma, quem sabe uma forma fraterna? Isso significa revogar a arrogância, afastar as desconfianças que apresentam lógicas de "estraneidade" e tentar outras estradas capazes de religar a espinha e produzir outras aproximações.

Para que isso seja feito, é necessário trabalhar com movimentos de "aproximação" fraterna capazes de superar barreiras construídas sobre distâncias gratuitas; *aproximar-se* quer dizer procurar entender, não remover ou negar. Significa, também, que é o próprio

sistema social, apoiado em uma postura fraterna, que deve se apropriar novamente do problema, ao invés de delegá-lo ao seu sistema penal.

Dito isso, importante recordar que o presente texto tinha como problema de pesquisa a ser respondido: o Direito Fraterno pode ofertar uma leitura contemporânea das categorias amigo, inimigo e criminoso e da forma de punir atualmente empregada?

A análise de categorias há muito existentes e rotineiramente revisitadas tais como amigo, inimigo e criminoso coloca em xeque a forma de punição daqueles que, não obstante estar submetidos a determinada regras, não as reconhecem/respeitam. É nesse momento que o Direito Fraterno assume o seu protagonismo colocando em evidência toda a determinação histórica do Direito fechado na angústia dos confins estatais, propondo um espaço de reflexão ligado ao tema dos Direitos Humanos, com uma consciência a mais: a de que a humanidade não é apenas um lugar "comum", em cujo interior pode-se pensar o seu reconhecimento e tutela. Assim, ser homem e ter humanidade são coisas diferentes: ser homem não significa que se possua o sentimento singular de humanidade.

O Direito Fraterno propõe uma autorresponsabilização na composição de conflitos, substituindo a vingança privada ou estatal. Esse novo modelo de composição dos conflitos possui base no Direito Fraterno, centrado na criação de regras de compartilhamento e de convivência mútua que vão além dos litígios judiciais, determinando formas de inclusão e de proteção dos direitos fundamentais.

Finalmente, o Direito Fraterno não vive unicamente na dimensão dos grandes espaços cosmopolíticos, onde agem geopolíticas e globalizações sempre suspeitas: se refere aos pequenos problemas dos conflitos quotidianos e às "lutas" individuais, exatamente como dizia Jhering (2008). Por isso, necessita debruçar-se sobre aquela experiência singular da jurisdição e sobre a sabedoria jurisdicionária do conflito a qual necessita de um redimensionamento ecológico.

O Direito Fraterno, nesse momento, carece de fundamento e se veste de fraquezas; distancia-se da afirmação de que "deve" ser e que há uma verdade que o move. Ao contrário, arrisca uma jogada apostando no bem comum: se tivesse existido, o benefício teria sido enormemente maior do que o custo empregado com a própria contribuição pessoal. No caso em que, ao contrário, não tivesse existido, aquilo que acontece frequentemente, teria tido um pequeno custo em comparação àquilo que poderia ter ganho; convêm, portanto, apostar na fraternidade.

Referências

AGAMBEN, Giorgio. *Homo sacer*. Einaudi: Torino, 1995.

BENJAMIN, W. *Angelus Novus. Saggi e frammenti*. Trad. It., Torino: Einaudi, 1981.

CANETTI, Elias. *Massa e poder*. Trad. Sérgio Tellaroli. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

CORDERO, Franco. *Criminalia*. Roma-Bari: Laterza, 1985.
FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir*: nascimento da prisão. 16. ed. Trad. de Raquel Ramalhete. Petrópolis, Vozes, 1987.
GIRARD, René. *La violenza e il sacro*. Traduzione di Ottavio Fatica e Eva Czerkl. 7. ed. Milano: Adelphi Edizioni, 2005.
IHERING, Rudolf von. *A luta pelo direito*. 5. ed. São Paulo: Ed. RT, 2008.
NIETZSCHE, Friederich. *Genealogia della morale*. Milano: Adelphi, 1984.
RACINARO, Roberto. *Colonne infami*. Venezia: Marsilio, 2000.
RADBRUCH, Gustav. *Filosofia do direito*. Trad. Marlene Holzhansen. São Paulo: Martins Fontes, 2004.
RESTA, Eligio. *Le stelle e le masserizie*. Paradigmi dell'osservatore. Roma-Bari, Laterza, 1997.
RESTA, Eligio. *Il diritto fraterno*. Roma-Bari: Laterza, 2005.
RESTA, Eligio. *Diritto Vivente*. Roma-Bari: Laterza, 2008.
RESTA, Eligio. *Tempo e processo*. Santa Cruz do Sul: Essere nel Mondo, 2014.
SCHMITT, Carl. *Der Nomos der Erde im Völkerrecht des Jus Publicum Europaeum*. Berlim: Duncker & Humblot, 1997 (1. ed. 1950).
SCHMITT, Carl. *O conceito do político*. Trad. Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del rey, 2009.
SPENGLER, Fabiana Marion. *Fundamentos políticos da mediação comunitária*. Ijuí: UNIJUI, 2012.
SPENGLER, Fabiana Marion. O pluriverso conflitivo e seus reflexos na formação consensuada do Estado. *Revista direitos fundamentais & democracia (UniBrasil)*, v. 22, p. 182-209, 2017.
SPENGLER, Fabiana Marion. *Chi è dunque il Terzo*? Riflessioni su società e conflitto. Firenze: Classi, 2019a. v. 1. p. 149.
SPENGLER, Fabiana Marion; MARTINI, Sandra Regina. Il Terzo e la fraternità nella configurazione triadica del conflitto sociale. In: ANASTASIA, Stefano; GONNELLA, Patrizio (a cura di). *I paradossi del diritto. Saggi in omaggio a Eligio Resta*. Roma: Roma TRE Press, 2019b. p. 27-36.
SPENGLER, Fabiana Marion; WERMUTH, Maiquel Angelo Dezordi A experiência das audiências de custódia no processo penal e a crise da jurisdição brasileira: uma impossibilidade flagrante. *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica*, v. 22, p. 183-204, 2017.
WEIL, Simone. *Aulas de filosofia*. Campinas: Papirus, 1991.
WERMUTH, Maiquel Angelo Dezordi; SPENGLER, Fabiana Marion. A lógica da amizade na comunidade fraterna como constituição do político-democrático: um diálogo entre Agamben e Derrida. *PENSAR – Revista de Ciências Jurídicas*, v. 24, p. 1-14, 2019c.
ZAGREBELSKY, Gustavo. *Il "crucifige!" e la democrazia*. Torino: Einaudi, 1995.

Pesquisas do Editorial

Veja também Doutrinas relacionadas ao tema

- Aquém da paz e além da guerra: uma análise jurídica e sociológica do direito penal do inimigo, de Fernanda Otero Costa – *RBCCrim* 94/57-85 e *Doutrinas Essenciais Direito Penal e Processo Penal* 1 (DTR\2012\15);
- O Processo penal do inimigo, os direitos e garantias fundamentais e o princípio da proporcionalidade, de César de Faria Júnior – *Ciências Penais* 14/407-408 (DTR\2011\1816);
- "Processo penal do inimigo": elementos para a compreensão de sua estrutura e metodologia, de Stephan Doering Darcie – *RBCCrim* 149/259-298 (DTR\2018\20689);
- Sistema criminal e direito penal do inimigo: uma análise crítica do conceito de inimigo aplicado à realidade brasileira, de Silma Pacheco Ramos – *RT* 1007/207-225 (DTR\2019\40049); e
- Sobre o chamado direito penal do inimigo, de Luís Greco – *RBCCrim* 56/80-112 e *Doutrinas Essenciais Direito Penal e Processo Penal* 1 (DTR\2005\569).

A saga de *al-Bashir*: uma análise da jurisprudência do Tribunal Penal Internacional sobre imunidade de chefes de estado e governo

The al-Bashir saga: an analysis of the International Criminal Court's jurisprudence on the immunity of heads of state and government

Michael Nunes Lawson

Diplomata de carreira, atualmente Cônsul-Adjunto do Brasil em Vancouver/Canadá. Mestre em Direito Internacional pela UFRGS. Pesquisador independente.
ORCID: [https://orcid.org/0000-0002-9876-0299].
mnlawson@yahoo.com

Recebido em: 02.03.2020
Aprovado em: 16.08.2020
Última versão do autor: 20.08.2020

Áreas do Direito: Penal; Internacional

Resumo: A "saga de al-Bashir" – como se tornou conhecida a série de acontecimentos que descrevem a evasão do ex-presidente sudanês Omar al-Bashir ao Tribunal Penal Internacional (TPI), desde 2009, quando o primeiro mandado de prisão foi expedido contra ele, por crimes de guerra e contra a humanidade – parece ter-se aproximado do fim com a decisão do Conselho Soberano do Sudão, anunciada em fevereiro de 2020, de entregá-lo ao TPI. As visitas de Bashir, ao longo desses anos, a países membros do Estatuto de Roma (ER) que se negavam a prender e entregar o sudanês ao TPI deram origem a inúmeros procedimentos no Tribunal, em que se debatia a suposta imunidade do presidente do Sudão enquanto no território desses países. O artigo analisa a evolução da jurisprudência do TPI sobre imunidade de chefes de estado e governo, das várias decisões em 1ª instância até a manifestação da câmara de apelação, em maio de 2019.

Abstract: The "al-Bashir saga" – the term the which became known the series of events describing the former Sudanese president Omar al-Bashir's evasion from the International Criminal Court (ICC), since 2009, when the first arrest warrant was issued against him, for war crimes and crimes against humanity – seems to have come close to an end with the decision by the Sovereign Council of Sudan, announced in February 2020, to hand him over to the ICC. Bashir's visits, over the years, to Rome Statute member countries that refused to arrest and surrender him to the ICC led to several proceedings before the Tribunal, in which the alleged immunity of the Sudanese president whilst on the territory of those countries was discussed. The article examines the evolution of the ICC jurisprudence on the immunity of heads of state and government, from the many pre-trial chambers' decisions to the appeals chamber's ruling, in May 2019.

Lawson, Michael Nunes. A saga de *al-Bashir*: uma análise da jurisprudência do Tribunal Penal Internacional sobre imunidade de chefes de estado e governo.
Revista Brasileira de Ciências Criminais. vol. 174. ano 28. p. 363-396. São Paulo: Ed. RT, dez. 2020.

Palavras-chave: Tribunal Penal Internacional – Presidente al-Bashir – Imunidades de chefes de estado e governo – Jurisprudência – Câmara de apelação.

Keywords: International criminal court – President al-Bashir – Immunities of heads of state and government – Jurisprudence – Appeals chamber.

Sumário: 1. Introdução. 2. Antecedentes: a situação relativa ao Sudão no TPI. 3. O direito sobre a (não) imunidade de chefes de estado e governo perante tribunais internacionais. 3.1. Preliminarmente: a imunidade perante tribunais nacionais. 3.2. A ausência de imunidade perante tribunais internacionais. 4. Linhas interpretativas das seções de instrução I e II sobre a imunidade do presidente sudanês. 4.1. Primeiro grupo: decisões da seção de instrução I contra o Malaui e o Chade. 4.2. Segundo grupo: decisões da seção de instrução II contra a RDC, o Djibuti e Uganda. 4.3. Terceiro grupo: decisões da seção de instrução II contra a África do Sul e a Jordânia. 5. Pacificação da jurisprudência: a decisão da câmara de apelação no recurso apresentado pela Jordânia. 5.1. A opinião concorrente dos juízes Eboe-Osuji, Morrison, Hofmánski e Bossa. 6. Considerações finais. 7. Referências bibliográficas.

1. Introdução

Em fevereiro de 2020, o Conselho Soberano do Sudão, órgão colegiado que ora exerce as funções de chefia de estado do país[1], anunciou a sua disposição de entregar o ex-presidente sudanês Omar al-Bashir ao Tribunal Penal Internacional (TPI), para responder a acusações de crimes de guerra, contra a humanidade e genocídio. O militar Omar Hassan Ahmad al-Bashir ascendera à presidência do Sudão em junho de 1989, por meio de um golpe de estado, tendo governado o país por três décadas, até a sua deposição em abril de 2019, também através de um golpe, promovido pelo exército sudanês após meses de protestos por parte da população.

A decisão do CSS de entregar ao TPI o ex-presidente Bashir, que desde o seu afastamento do poder se encontrava preso em seu país por crimes de corrupção, representa, caso de fato se materialize, a culminância do que se convencionou chamar de "saga de al-Bashir", série de acontecimentos que descrevem a sua evasão à jurisdição do TPI, durante mais de uma década, a contar da primeira ordem de prisão expedida contra o sudanês em março de 2009, por crimes cometidos em conflito na região de Darfur.

Face à negativa do Sudão de cooperar com a investigação conduzida no TPI, assim como proceder à rendição de Bashir (e outros membros do governo sudanês) ao Tribunal, a execução dos mandados de prisão passou a depender de que países membros

1. O Conselho Soberano foi formado por um acordo político entre o Conselho Militar de Transição (CMT), que assumiu o poder com o golpe de abril de 2019, e as Forças de Liberdade e Mudança (FLM), ampla coalizão política civil que se opunha ao regime de Bashir e, após o golpe, ao governo militar. Composto por cinco representantes escolhidos pelo CMT, cinco pelas FLM, e um por comum acordo, o Conselho Soberano governará o Sudão de agosto de 2019 a novembro de 2022, quando ocorrerá a transição à democracia.

do Estatuto de Roma (ER) eventualmente visitados pelo então presidente o prendessem e entregassem ao TPI. Não sendo o Sudão parte do ER, as visitas do dignitário sudanês a inúmeros países membros geraram uma grande celeuma jurídica, refletida em procedimentos abertos no TPI contra esses países, os quais se negavam a dar cumprimento às suas obrigações sob o ER de cooperação com o Tribunal.

O tema da prisão e entrega de Bashir ao TPI situa-se em uma área de confluência de importantes princípios e regras de direito internacional, como a imunidade de chefes de estado e governo, a soberania, o dever de punir os responsáveis por crimes internacionais e os efeitos de resoluções do Conselho de Segurança das Nações Unidas (CSNU). Um intenso debate político e acadêmico emergiu em torno do tema; segundo Tladi, uma "verdadeira indústria" foi estabelecida sobre a questão de se haveria, em direito internacional, um dever de prender Bashir, à luz do volume de escritos e de conferências que se dedicaram à questão[2].

Certamente contribuiu para o caráter contencioso de que a questão se revestiu a sua condução acidentada pelas seções de instrução do TPI nas várias ocasiões em que dela se ocuparam. Se bem que as decisões foram sempre no sentido de que estaria presente o dever de prender e entregar Bashir ao TPI, houve marcada inconsistência entre as fundamentações dessas decisões. Este artigo dispõe-se a analisar a evolução da jurisprudência produzida no TPI, das várias decisões das seções de instrução (equivalentes, no particular, à 1ª instância) até a pacificação do tema pela câmara de apelação do Tribunal, de forma unânime, em julgamento proferido em 06.05.2019, motivado por recurso apresentado pela Jordânia.

2. Antecedentes: a situação relativa ao Sudão no TPI

O tema da imunidade de chefes de estado e governo[3] foi trazido ao TPI como uma ramificação do exame, por esse Tribunal, da situação relativa ao Sudão. Tal situação originou-se de conflito deflagrado na região de Darfur, no oeste sudanês, em fevereiro de 2003, quando o agrupamento rebelde Exército de Libertação do Povo do Sudão atacou forças governamentais, como reação a anos de marginalização da região pelo governo em Cartum. A resposta do governo central foi resoluta e brutal, com o lançamento de campanha por parte de milícias árabes, armadas pelo governo, contra os rebeldes negros,

2. TLADI, Dire. Sudan Agrees to Send Al Bashir to the ICC: What Now for the Law? *Opinio Juris*, 12 fev. 2020. Disponível em: [https://opiniojuris.org/2020/02/12/sudan-agrees-to-send-al-bashir-to-the-icc-what-now-for-the-law/]. Acesso em: 15.02.2020.

3. Opta-se, no presente artigo, por referir-se à imunidade de *chefes de estado e governo*, uma vez que a discussão no TPI orbitou em torno da imunidade do então chefe de estado do Sudão. No entanto, na literatura, essa temática costuma receber denominação mais ampla, imunidade de altos representantes do estado ("high officials"), a tradicionalmente englobar também o ministro de relações exteriores, na chamada "troika", mas sem se limitar aos mencionados três representantes estatais.

envolvendo milhares de mortes e a dizimação de aldeias inteiras. O progressivo saldo de mortes (estimado pela ONU entre 200 e 300 mil) e de refugiados (mais de dois milhões) atraiu atenção mundial ao conflito, associando o antes desconhecido nome Darfur a morticínio e catástrofe humanitária.

O CSNU emitiu sua primeira resolução sobre o conflito em junho de 2004[4]. No âmbito da ONU, nos meses seguintes, estabeleceu-se uma comissão internacional de investigação sobre Darfur, sob a liderança do jurista Antonio Cassesse. O relatório da comissão foi publicado em janeiro de 2005, o qual concluiu pelo cometimento em Darfur de crimes de guerra e contra a humanidade (sem a configuração de genocídio)[5]. No que se refere a mecanismos de responsabilização, o relatório Cassesse "recomendou fortemente" o imediato encaminhamento da situação em Darfur ao TPI por parte do CSNU, segundo a prerrogativa conferida ao Conselho pelo artigo 13(b) ER[6]. Pressionado pela opinião pública internacional, chocada com as cenas e relatos de barbárie em Darfur, a agir para colocar fim àquela tragédia, o CSNU, por meio da Resolução 1.593, de 31.03.2005, submeteu a situação relativa ao Sudão à promotoria do TPI.

Era a primeira vez que o CSNU lançava mão da faculdade contida no artigo 13(b) do ER, dispositivo que põe o TPI à disposição do Conselho, quando esse órgão entender que o processamento criminal de possíveis responsáveis por crimes internacionais serve aos propósitos da manutenção da paz internacional (capítulo VII da Carta da ONU). No passado, o CSNU procedera à criação de tribunais internacionais *ad hoc* para julgar crimes internacionais cometidos em conflitos como o dos Balcãs[7] e o genocídio de Ruanda[8]. Com a modalidade de acionamento da jurisdição do TPI incorporada no artigo 13(b), esse tribunal permanente estaria habilitado a desempenhar para o CSNU as funções judiciais antes investidas em tribunais *ad hoc*. Em vista desse propósito do artigo 13(b), os critérios de jurisdição do TPI habitualmente aplicáveis sob o ER – que a conduta seja praticada no território de um estado membro (territorialidade) ou o autor da conduta seja

4. Resolution 1547 (2004), 11 June 2004. *U.N. Doc. S/RES/1547 (2004)*. Disponível em: [http://unscr.com/files/2004/01547.pdf]. Acesso em: 21.07.2019.

5. *Report of the International Commission of Inquiry on Darfur to the United Nations Secretary-General*. Geneva, 25 January 2005. Disponível em: [www.un.org/ruleoflaw/files/com_inq_darfur.pdf]. Acesso em: 21.07.2019.

6. Art. 13: O Tribunal poderá exercer a sua jurisdição em relação a qualquer um dos crimes a que se refere o artigo 5º, de acordo com o disposto no presente Estatuto, se: (...) b) O Conselho de Segurança, agindo nos termos do Capítulo VII da Carta das Nações Unidas, denunciar ao Procurador qualquer situação em que haja indícios de ter ocorrido a prática de um ou vários desses crimes.

7. Resolution 827 (1993), 25 May 2003. *U.N. Doc. S/RES/827 (1993)*. Disponível em: [http://unscr.com/en/resolutions/doc/827]. Acesso em: 21.07.2019.

8. Resolution 955 (1994), 8 November 1994. *U.N. Doc. S/RES/955 (2004)*. Disponível em: [http://unscr.com/en/resolutions/doc/955]. Acesso: 21.07.2019. No caso de Ruanda, houve uma solicitação do governo do país ao CSNU para que o tribunal fosse criado.

nacional de um estado membro (nacionalidade ativa) – não incidem quando o TPI é acionado pelo CSNU, que, dada a lógica de interesses maiores resguardados pelo capítulo VII da Carta da ONU, se encontra livre para submeter situações em quaisquer estados, membros ou não membros (caso do Sudão).

O então promotor do TPI, o argentino Luis Moreno Ocampo, convenceu-se de que havia fundamentos suficientes para a abertura de uma investigação sobre os fatos observados no Sudão, o que ocorreu em 06.06.2005, recebida a autorização do juízo de instrução. Em maio de 2007, o TPI expediu mandados de prisão contra o ministro de assuntos humanitários do Sudão e um dos líderes da milícia árabe "Janjaweed". Em 14.07.2008, o promotor Ocampo requisitou a prisão do presidente sudanês Omar al-Bashir por crimes de guerra, contra a humanidade e genocídio. Em 04.03.2009, a seção de instrução I do TPI deferiu a expedição de mandado de prisão contra Bashir, por crimes de guerra e contra a humanidade. Ante recurso da promotoria, a câmara de apelação do TPI, em fevereiro de 2010, reformou parte da decisão de 04.03.2009, a fim de que fosse expedido um segundo mandado de prisão contra Bashir, pelo crime de genocídio, o que teve lugar em 12.07.2010.

Conquanto a abertura de inquérito sobre a situação sudanesa não tenha dado origem a protestos dignos de nota em círculos políticos africanos, sobretudo ao se considerar a União Africana (UA) e seus órgãos, houve uma mudança de posição a partir de julho de 2008, quando passou a circular a informação de que a promotoria requereria a prisão do chefe de estado sudanês (mesmo a ordem de prisão contra o ministro de assuntos humanitários, mais de um ano antes, não havia ocasionado sobressaltos). Naqueles meados de 2008, havia-se disseminado, no âmbito da UA, um sentimento de contrariedade com relação a processos movidos em judiciários de países europeus contra líderes e outros cidadãos africanos, com base no princípio da jurisdição universal. Essa preocupação com o abuso do referido princípio rapidamente se transformaria em aversão a todo tipo de justiça internacional,[9] com posto de destaque reservado ao TPI.

A tão só notícia de que a promotoria tencionava requisitar a prisão de Bashir, dada pela então promotora-adjunta (hoje promotora) Fatou Bensouda ao Conselho de Paz e Segurança (CPS) da UA, provocou uma quase imediata reação negativa desse órgão, à qual se seguiria Comunicado de 21.07.2008[10], uma semana após a formalização do pedido de prisão pela promotoria, em que o CPS solicitava ao CSNU a suspensão temporária do procedimento criminal contra o mandatário sudanês, com fulcro em poder

9. JALLOH, C. C. Universal Jurisdiction, Universal Prescription? A Preliminary Assessment of the African Union Perspective on Universal Jurisdiction. *Criminal Law Forum*, v. 21, n. 1, p. 5, 2000. Disponível em: [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1526622]. Acesso em: 23.07.2019.

10. Communiqué of the 142nd Meeting of the Peace and Security Council, 21 July 2008. *A.U. Doc. PSC/MIN/Comm (CXLII)*. Disponível em: [www.iccnow.org/documents/AU_142-communique-eng.pdf]. Acesso em: 23.07.2019.

dispensado ao Conselho de Segurança pelo artigo 16 do ER[11]. Na seguinte ocasião em que o CSNU se ocupou da situação no Sudão, a Resolução 1828, de 31.07.2008, o órgão, no preâmbulo, meramente tomou nota do requerimento do CPS da UA. Esse agir do CSNU afigura-se plenamente normal em circunstâncias onde não existe consenso quanto a determinado curso de ação, como era o caso, já que os EUA opunham-se à suspensão do procedimento contra Bashir[12].

A UA, no entanto, interpretaria o silêncio do CSNU como um insulto ao continente africano, reação que só se amplificaria, visto que, desde então, instâncias da UA insistiriam em repisar a solicitação de suspensão do procedimento, sem que obtivessem um posicionamento do CSNU. Com a expedição do primeiro mandado de prisão em face de Bashir, em março de 2009, eclodiria, no dizer de Mills, uma "all out rethorical war" da UA contra o TPI[13], contenda que teria uma de suas maiores escaladas na 13ª Assembleia da UA (Sirte/Líbia, 1º a 03.07.2009) – órgão supremo da União, composto pelos chefes de estado e governo.

A Assembleia da UA de Sirte constitui um marco na conflituosa relação que se estabelecia entre o TPI e a África, dinâmica que comporia a principal narrativa acerca do Tribunal pela maior parte das mais de duas décadas desde a assinatura do ER em 1998. A posição da UA, de um descontentamento com o "timing" do mandado de prisão contra Bashir (por supostamente afetar os esforços de paz em Darfur) e com não ter o CSNU suspendido o processo contra o presidente sudanês, impregnava-se do discurso de que o TPI persegue a África, ao concentrar praticamente toda a sua atividade no continente, argumento que se nutria do abundante sentimento anti-imperialista ainda presente na psique dos países africanos. É interessante notar que a formulação de tal acusação de perseguição à África acontecia a despeito do fato de que as três outras situações africanas então sob análise do TPI – República Centro-Africana (RCA), República Democrática do Congo (RDC) e Uganda – haviam aportado no Tribunal através de submissões

11. Art. 16: Nenhum inquérito ou procedimento crime poderá ter início ou prosseguir os seus termos, com base no presente Estatuto, por um período de 12 meses a contar em que o Conselho de Segurança assim o tiver solicitado em resolução aprovada nos termos do disposto no Capítulo VII da Carta das Nações Unidas; o pedido poderá ser renovado pelo Conselho de Segurança nas mesmas condições.

12. KEPPLER, E. Managing Setbacks for the International Criminal Court in Africa. *Journal of African Law*, v. 56, n. 1, p. 9-10, 2012. Disponível em: [www.corteidh.or.cr/tablas/r28495.pdf]. Acesso em: 23.07.2019. Em 2013, o CSNU levaria a voto projeto de resolução autorizando a suspensão de investigação da promotoria do TPI sobre a situação no Quênia. Com apenas sete votos favoráveis (entre eles China e Rússia) e oito abstenções (entre elas França, Reino Unido e EUA), a resolução não prosperou.

13. MILLS, Kurt. "Bashir is Dividing Us": Africa and the International Criminal Court. *Human Rights Quarterly*, v. 34, n. 2, p. 421, 2012. Disponível em: [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3069438]. Acesso em: 23.07.2019.

promovidas pelos próprios países envolvidos, nos chamados "self-referrals" (autodenúncias), a partir de uma utilização heterodoxa do artigo 14(1) do Estatuto[14].

O trecho culminante da decisão proferida pela 13ª Assembleia da UA a propósito da relação com o TPI foi o § 10º, de acordo com o qual a Assembleia (...)

> "(...) decide que, tendo em conta que o pedido [de suspensão do processo contra Bashir] nunca foi posto em prática, os estados membros da UA não cooperarão [com o TPI], nos termos das disposições do artigo 98 do ER do TPI relativas a imunidades, para a prisão e entrega do presidente Omar El Bashir do Sudão."[15] (Tradução livre[16])

A partir daí, a não cooperação dos países membros da UA com o TPI passa a ser a diretriz oficial da UA relativamente ao procedimento criminal contra Bashir, nada obstante a reserva que se deva fazer quanto à aptidão desse organismo regional para prescrever aos seus membros a inobservância de obrigações que lhes decorrem de outro regime internacional.

Conforme se observa, a posição da UA não é um esperneio político desassistido de fundamento legal; ela ancora o chamado à não cooperação no artigo 98 do ER – especificamente, no seu § 1º:

> "O Tribunal pode não dar seguimento a um pedido de entrega ou de auxílio por força do qual o Estado requerido devesse atuar de forma incompatível com as obrigações que lhe incumbem à luz do direito internacional em matéria de imunidade dos Estados ou de imunidade diplomática de pessoa ou de bens de um Estado terceiro, a menos que obtenha previamente a cooperação desse Estado terceiro com vista ao levantamento da imunidade."

No juízo da Assembleia – escorado na sua interpretação do artigo 98(1) –, tal dispositivo permitiria o descumprimento de uma ordem do TPI, quando essa ordem levasse o estado em questão a atuar de forma incompatível com deveres que lhes são impostos

14. Art. 14(1): Qualquer Estado Parte poderá denunciar ao Procurador uma situação em que haja indícios de ter ocorrido a prática de um ou vários crimes de competência do Tribunal e solicitar ao Procurador que a investigue, com vista a determinar se uma ou mais pessoas identificadas deverão ser acusadas da prática desses crimes.

15. Decision on the Meeting of African States Parties to the Rome Statute of the International Criminal Court (ICC), 3 July 2009. *A.U. Doc. Assembly/AU/13(XIII)*. Disponível em: [https://reliefweb.int/report/sudan/decision-meeting-african-states-parties-rome-statute-international-criminal-court-icc]. Acesso em: 23.07.2019.

16. Este artigo vale-se de traduções livres do inglês para o português onde há transcrições de decisões de organismos internacionais e jurisprudenciais. Já a transcrição de normas do ER utiliza-se da tradução oficial para o português que acompanhou o Decreto 4.388, de 25/9/2002, o qual promulgou no Brasil o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional.

pelo direito internacional quanto à imunidade do chefe de um terceiro estado (o Sudão, in casu)[17]. Nessa linha de raciocínio, não sendo o Sudão parte do ER, o seu chefe de estado, a despeito da sua sujeição à jurisdição do TPI por força do artigo 13(b), seguiria dispondo de imunidade no território dos estados membros incumbidos de executar a ordem de prisão e entrega emanada do Tribunal.

Após a expedição da primeira ordem de prisão pelo TPI, em março de 2009, Bashir portou-se com cautela. A sua primeira viagem a um país membro do TPI só aconteceria em julho do ano seguinte, ao Chade. Não houve qualquer tentativa de cumprimento do decreto de prisão pelo país anfitrião. A segunda oportunidade teve lugar no final de agosto de 2010, quando Bashir deslocou-se ao Quênia a fim de participar das celebrações alusivas à promulgação da nova constituição do país. De novo, não foi o sudanês molestado pelas autoridades anfitriãs, embora a visita tenha gerado discórdia no seio do governo e da sociedade civil queniana.

Na decisão referente ao TPI emitida por ocasião da 16ª Assembleia da UA (Adis Abeba/Etiópia, 30 a 31.01.2011), o órgão afirma, em tom implicitamente congratulatório, que, ao receberem o presidente Bashir, Chade e Quênia estavam implementando várias decisões da Assembleia, assim como atuando em favor da busca de paz e estabilidade nas suas respectivas regiões[18]. Já para o TPI, aquele agir denotava uma violação do ER, ao configurar uma quebra da obrigação de cooperação devida ao Tribunal – isso fica claro em despacho proferido pela seção de instrução I em 27.08.2010, em que esse órgão julgador notifica o CSNU e a Assembleia de Estados Partes (AEP) do TPI sobre a visita do presidente sudanês ao Quênia marcada para aquele dia, a fim de que tomassem as providências que reputassem cabíveis[19].

Subsequentemente, Bashir, sempre cercado de precauções, com vistas a assegurar que não seria preso, faria diversas viagens ao exterior, tanto a estados partes como não partes. Várias viagens programadas tiveram de ser canceladas, devido a controvérsias dentro dos países a serem visitados quanto à presença do sudanês, ou mesmo dúvidas

17. Esse dispositivo teria sido incluído no ER com um fim bem mais limitado: permitir a um estado cumprir as suas obrigações internacionais pré-existentes, na hipótese de ser solicitado pelo TPI a entregar um diplomata acreditado nesse estado ou efetuar uma diligência dentro de representação diplomática (SADAT, Leila N. Heads of State and Other Government Officials Before the International Criminal Court: The Uneasy Revolution Continues. *Washington University in St. Louis Legal Studies Research Paper Nº. 19-01-12*, January 2019, p. 14. Disponível em: [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3321998]. Acesso em: 23.07.2019).

18. Decision on the Implementation of the Decisions on the International Criminal Court, 31 January 2011. *A.U. Doc. Assembly/AU/Dec.334(XVI)*, § 5. Disponível em: [https://au.int/sites/default/files/decisions/9645-assembly_en_30_31_january_2011_auc_assembly_africa.pdf]. Acesso em: 24.07.2019.

19. Decision informing the United Nations Security Council and the Assembly of the States Parties to the Rome Statute about Omar Al-Bashir's presence in the territory of the Republic of Kenya. Pre-Trial Chamber I, 27 August 2010. *ICC-02/05-01/09*. Disponível em: [www.icc-cpi.int/CourtRecords/CR2010_05760.PDF]. Acesso em: 24.07.2019.

sobre a possibilidade de prisão de Bashir. Em geral, as viagens davam-se em meio a protestos e pressões de países que com elas não concordavam.

Como um "gigante sem braços nem pernas", é dizer, uma instituição que não dispõe de poder de polícia ou mesmo qualquer representação nos estados membros, o TPI, para a implementação das suas decisões e ordens, depende integralmente da cooperação daqueles estados. Nesse sentido, estabelece-se, no artigo 86 do ER, uma *obrigação geral de cooperar*: "Os Estados Partes deverão, em conformidade com o disposto no presente Estatuto, cooperar plenamente com o Tribunal no inquérito e no procedimento contra crimes de competência deste". O supracitado artigo inaugura o capítulo IX do ER ("Cooperação Internacional e Auxílio Judiciário"), que fornece todo o arcabouço para a cooperação estatal sob o ER.

O artigo 87(7) prevê a abertura de um procedimento (apesar da branda linguagem "elaborar um relatório") nas hipóteses em que um país membro deixar de cumprir pedidos de cooperação que lhes sejam dirigidos pelo Tribunal:

> "Se, contrariamente ao disposto no presente Estatuto, um Estado Parte recusar um pedido de cooperação formulado pelo Tribunal, impedindo-o assim de exercer os seus poderes e funções nos termos do presente Estatuto, o Tribunal poderá elaborar um relatório e remeter a questão à Assembleia dos Estados Partes ou ao Conselho de Segurança, quando tiver sido este a submeter o fato ao Tribunal."

Entre os estados membros visitados por Bashir ao longo de vários anos após a expedição dos mandados de prisão pelo TPI, nada menos do que Malaui, Chade[20], Nigéria, RDC, Djibuti, Uganda, África do Sul e Jordânia seriam demandados no procedimento previsto no artigo 87(7) por violação do dever de detenção e entrega do dignitário sudanês à Corte.

A defesa dos estados demandados para o não cumprimento da ordem de prisão revolveu, ressalvado o procedimento em face da Nigéria, em torno da suposta imunidade de Bashir, na condição de chefe de um estado não parte do ER. Como próximo passo, este artigo analisará como o tema da imunidade de chefes de estado e governo perante tribunais internacionais é regulado pelo direito internacional, para, então, debruçar-se sobre como a questão foi enfrentada pelo TPI e finalmente consolidada pela sua câmara de apelação.

20. Houve dois procedimentos em face do Chade, com decisões proferidas em 13/12/2011 (seção de instrução I) e 26/3/2013 (seção de instrução II). A segunda decisão versava sobre dois novos incidentes de violação do dever de prender Bashir por parte desse país, com fundamentação mais enxuta, que se furtou a novamente examinar o tema da imunidade. Nesse sentido, a decisão de 26/3/2013 não será singularizada, e sim considerada desdobramento da decisão de 13/12/2011.

3. O direito sobre a (não) imunidade de chefes de estado e governo perante tribunais internacionais

3.1. Preliminarmente: a imunidade perante tribunais nacionais

A referência à imunidade de chefes de estado e governo em direito internacional remete, com certo automatismo, a concepções consagradas pela regulação do tema no que respeita aos tribunais nacionais de terceiros estados, onde a imunidade daquelas figuras detém ainda um caráter sacrossanto. A normativa aplicável à imunidade de chefes de estado e governo perante tribunais nacionais não deixa de mostrar-se de interesse aos fins deste artigo, visto que ela seria invocada para embasar o não cumprimento, por países membros do ER, dos mandados de prisão contra Bashir.

É incontroverso, segundo o direito internacional, que chefes de estado e governo, assim como os ministros de relações exteriores, gozam de inviolabilidade e imunidade (cível e criminal) perante os sistemas de justiça dos demais estados, enquanto se encontrarem no desempenho de sua função ou mandato. Essa imunidade relaciona-se ao papel de representante e condutor das relações internacionais de um país, e a sua garantia é uma manifestação do princípio de direito internacional da igualdade soberana dos estados. O processamento de um chefe de estado (ou, como regra, de um estado enquanto pessoa jurídica) pelos tribunais de um outro país acarretaria um risco à normal condução das relações interestatais, na medida em que constituiria um inibidor dos deslocamentos internacionais inerentes à diplomacia, ademais de simbolizar a sujeição de um estado a outro, já que um chefe de estado e governo é tratado como a personificação do próprio estado (par in parem non habet imperium, diz a máxima em latim).

Os contornos gerais da supracitada imunidade foram explicitados pela Corte Internacional de Justiça (CIJ) no célebre caso Arrest Warrant (RDC v. Bélgica) – com a ressalva de que a ação referia-se, especificamente, a ministro de relações exteriores –, julgado em 2002 e no qual o lado congolês prevaleceu. A RDC buscava o cancelamento de mandado de prisão que havia sido emitido por juiz de primeira instância belga em face do então ministro de relações exteriores congolês, Abdulaye Yerodia Ndombasi, por crimes internacionais (graves violações das Convenções de Genebra de 1949 e seus Protocolos Adicionais e crimes contra a humanidade). O processamento do chanceler da RDC baseava-se em uma lei penal belga que previa a jurisdição universal pura, ou seja, não se fazia necessária nenhuma vinculação entre as condutas criminais e a Bélgica, o que efetivamente se observava no caso. A exposição dos fatos denota tratar-se de uma icônica hipótese de violação da imunidade de alto representante estatal, reconhecida pela CIJ no seu julgamento (em uma questão de fundo de até bastante singeleza jurídica), e dos postulados por dita imunidade resguardados; o processo contra o ministro congolês seria emblemático para o movimento que posteriormente ganharia corpo na África contra o abuso da jurisdição universal por nações europeias.

Firmemente assentado na doutrina e na prática internacional, o caráter de lei da imunidade de chefes de estado e governo ante tribunais nacionais nunca foi cristalizado em uma convenção internacional de geral aceitação, sendo até hoje reconhecido por força do costume internacional. Tipicamente, essa imunidade é associada à "troika" (chefe de estado, de governo e ministro de relações exteriores), mas a ela não se limita, estendendo-se a outras altas autoridades no desempenho de funções de representação do estado. Consoante apontado pela CIJ em Arrest Warrant, depois de uma análise detalhada da prática estatal, a imunidade em tela é absoluta, não admitindo exceções, e subsistindo mesmo quando é atribuída à autoridade a prática de crimes internacionais os mais atrozes[21]. A imunidade de chefes de estado e governo perante tribunais nacionais tem, portanto, resistido a entalhes tais quais os que a imunidade de estado (pessoa jurídica) tem recebido, como em demandas trabalhistas ou cíveis relacionadas a operações de natureza comercial efetuadas pelo estado. Mesmo os avanços observados no campo dos direitos humanos nas últimas décadas não foram capazes de estrear uma contestação à ideia de que a imunidade perante tribunais nacionais é absoluta, em vista dos sérios elementos desestabilizadores das relações interestatais que uma tal contestação poderia desengatar.

A CIJ também cita que a imunidade sob foco refere-se tanto a atos desempenhados pela autoridade em sua capacidade oficial quanto a atos privados, da mesma forma que tanto a condutas anteriores como a contemporâneas ao exercício das funções oficiais[22]. A titularidade das imunidades de que se cuida pertence ao estado, atrelando-se elas ao indivíduo unicamente por conta do papel de alta representação exercido. Assim, o estado estará livre para renunciar às imunidades quando julgar conveniente a submissão do seu representante à justiça de outro estado. O artigo 98(1) do ER, transcrito em linhas anteriores, leva em consideração essa faceta do instituto, ao prever que as imunidades podem ser levantadas pelo estado.

3.2. A ausência de imunidade perante tribunais internacionais

A imunidade perante tribunais internacionais rege-se por regras diversas (opostas) daquelas sobre imunidade face a tribunais nacionais. Isso é evidenciado pela CIJ no caso Arrest Warrant, quando pontua que "um ministro de relações exteriores, atual ou antigo, pode ser submetido a procedimentos criminais perante certas cortes penais internacionais, nos casos onde tiverem jurisdição"[23]. A lógica das regras sobre imunidade de altas autoridades perante tribunais internacionais – ou, para ser exato, sobre a ausência dessa imunidade – assenta-se no desaparecimento da noção de horizontalidade

21. *Case concerning the Arrest Warrant of 11 April 2000 (Democratic Republic of the Congo v. Belgium)*. International Court of Justice. Judgement of 14 February 2002, § 58. Disponível em: [www.icj-cij.org/en/case/121/judgments]. Acesso em: 27.07.2019.

22. Ibidem, § 54.

23. Ibidem, § 61.

(igualdade) que informa a imunidade frente a tribunais de outros estados, noção de acordo com a qual entes formalmente situados em um mesmo plano (estados) estão vedados de exercer jurisdição uns sobre os outros. Orbitando acima dos estados, os tribunais internacionais introduzem uma noção de verticalidade (contanto que sua jurisdição regularmente vincule os estados em questão). Os pressupostos que justificam a imunidade de uma autoridade frente à justiça de outros países – relações amistosas entre estados e a igualdade soberana entre eles – não mais se fazem presentes.

Julgar chefes de estado e governo e outras autoridades relevantes, ou seja, aquelas figuras que se situam no topo da estrutura de comando de entes (estados, milícias, etc.) aos quais se atribui o cometimento de crimes internacionais, é razão de ser da instituição de cortes penais internacionais, que, por limitações práticas, comumente se devem ocupar apenas dos principais mandantes ou responsáveis intelectuais daqueles crimes. Nesse sentido, o direito penal internacional consagra a regra da ausência de imunidade de altas autoridades perante tribunais internacionais, desde que o tribunal disponha de jurisdição sobre os indivíduos em comento.

Sobre o tema da jurisdição, os principais exemplos de tribunais penais internacionais que precederam a criação do TPI, como os Tribunais de Nuremberg e de Tóquio no pós-2ª Guerra, e o Tribunal Penal Internacional para a Ex-Iugoslávia (TPIEI), tiveram a sua jurisdição imposta aos réus (por acordo entre os vencedores, nos dois primeiros exemplos, e por resolução do CSNU, no terceiro), em contextos que se seguiram a grandes conflagrações, atraindo para o direito internacional penal a crítica de que traduzia uma "justiça do vencedor" ("victor's justice"), supostamente enviesada, pois baseada em uma narrativa predeterminada sobre heróis e malfeitores. A criação do TPI, em tese, contra-arrestaria essa crítica, por ser a primeira corte internacional de natureza permanente, com seus critérios de jurisdição fixados em um tratado, ao qual livremente adeririam os estados interessados. Haveria, porém, como reflexo das realidades internacionais de poder, uma avenida para a "imposição" do TPI a estados não membros, o já mencionado artigo 13(b) do ER.

As origens da norma que afasta a imunidade de chefes de estado e governo *vis-à-vis* tribunais internacionais remontam ao final 1ª Guerra Mundial, oportunidade em que se debatia levar o Kaiser Guilherme II da Alemanha (exilado nos Países Baixos) a julgamento por uma corte internacional a ser formada, por "ofensa suprema contra a moralidade internacional e a santidade dos tratados", em esforço capitaneado por Reino Unido e França e resistido por EUA e Japão. O artigo 227 do Tratado de Versalhes estipulava a criação daquele tribunal, pretensão que acabou não se concretizando. O elemento conceitual que permitiria trazer um alto representante estatal perante um tribunal internacional, em um estágio em que até pouco tempo antes a noção de imunidade (face a cortes nacionais) era por muitos instintivamente transportada a qualquer anseio de responsabilização internacional, granjearia, contudo, uma incipiente aceitação, lançando os primeiros passos da formação da norma costumeira pelo afastamento da imunidade.

A omissão em criar o tribunal que julgaria o Kaiser deveu-se a circunstâncias políticas, que incluíam a negativa dos Países Baixos em entregá-lo, e não a uma resistência à ideia de que a sua imunidade poderia ser flexibilizada, tanto que a corrosão da ideia de que dignitários seriam imunes a cortes internacionais foi um legado daquelas pioneiras discussões sobre responsabilização penal individual por uma corte internacional. Desde então, testemunha-se uma prática estatal que, ao longo do restante do século XX e do começo do XXI, tem consistentemente pendido para a rejeição da imunidade em tela.

Ao fim da 2ª Guerra Mundial, os EUA reverteriam a sua posição anterior e apareceriam à cabeça das iniciativas em prol da norma contra a imunidade de altas autoridades estatais, a qual, de modo pioneiro, constaria no artigo 7º do estatuto do Tribunal de Nuremberg ("Charter of the International Military Tribunal")[24], cujas atividades convencionou-se dizer que inauguram o direito internacional penal. Em 1950, a Comissão de Direito Internacional (CDI) da ONU codificaria os "Princípios de Direito Internacional Reconhecidos na Carta do Tribunal de Nuremberg"; o princípio III refletiria a norma sobre a não imunidade de chefes de estado e outras autoridades por crimes internacionais[25].

Esforços para a confecção de um estatuto para uma corte penal internacional permanente arrastar-se-iam sem resultado por algumas décadas no âmbito da CDI, e o próprio direito internacional penal só conheceria um reviver depois do fim da Guerra Fria, com a decisão do CSNU, em 1993, de instituir uma corte *ad hoc* para julgar responsáveis por crimes internacionais no conflito na ex-Iugoslávia. Desse modo, a seguinte enunciação da norma de não imunidade de chefes de estado e governo, constante no artigo 7(2) do estatuto do TPIEI[26], só apareceria 43 anos depois dos Princípios cristalizados pela CDI. A partir daí, a norma reapareceria em vários instrumentos de direito internacional penal que emergiriam em relativamente curto período (por vezes, com linguagem muito similar entre si, se não idêntica): artigo 6(2) do estatuto do Tribunal Internacional

24. "The official position of defendants, whether as Heads of State or responsible officials in Government Departments, shall not be considered as freeing them from responsibility or mitigating punishment". A norma teria paralelo no artigo 6º do Estatuto do Tribunal Militar Internacional para o Extremo Oriente (1946), ou Tribunal de Tóquio, com a ressalva de que esse dispositivo facultava a mitigação da pena para oficiais subalternos: "Neither the official position, at any time, of an accused, nor the fact that an accused acted pursuant to order of his government or of a superior shall, of itself, be sufficient to free such accused from responsibility for any crime with which he is charged, but such circumstances may be considered in mitigation of punishment if the Tribunal determines that justice so requires".

25. "The fact that a person who committed an act which constitutes a crime under international law acted as Head of State or responsible Government official does not relieve him from responsibility under international law".

26. "The official position of any accused person, whether as Head of State or Government or as a responsible Government official, shall not relieve such person of criminal responsibility nor mitigate punishment".

para Ruanda (1994)[27]; artigo 7º da Minuta de Código de Crimes contra a Paz e a Segurança da Humanidade da CDI (1996)[28]; artigo 27 do ER (1998); seção 15 do Regulamento 2.000/15 do Timor Leste ("Regulation 2.000/15 on the Establishment of Panels with Exclusive Jurisdiction over Serious Criminal Offences") (2000)[29]; artigo 6(2) do estatuto da Corte Especial para Serra Leoa (2002)[30]; artigo 29 da Lei sobre as Câmaras Extraordinárias nas Cortes do Camboja ("Law on the Establishment of Extraordinary Chambers in the Courts of Cambodia for the Prosecution of Crimes Committed during the Period of Democratic Kampuchea" (2001)[31]. Vale transcrever no corpo deste texto o artigo 27 do ER, ressaltando que a consensualidade da norma e o seu já consagrado caráter costumeiro levaram a que ela não fosse objeto de grandes debates durante as negociações:

> "Irrelevância da qualidade oficial
>
> 1. O presente Estatuto será aplicável de forma igual a todas as pessoas sem distinção alguma baseada na qualidade oficial. Em particular, a qualidade oficial de Chefe de Estado ou de Governo, de membro de Governo ou do Parlamento, de representante eleito ou de funcionário público, em caso algum eximirá a pessoa em causa de responsabilidade criminal nos termos do presente Estatuto, nem constituirá de per se motivo de redução da pena.
>
> 2. As imunidades ou normas de procedimento especiais decorrentes da qualidade oficial de uma pessoa, nos termos do direito interno ou do direito internacional, não deverão obstar a que o Tribunal exerça a sua jurisdição sobre essa pessoa."

27. "The official position of any accused person, whether as Head of state or government or as a responsible government official, shall not relieve such person of criminal responsibility nor mitigate punishment".

28. "The official position of an individual who commits a crime against the peace and security of mankind, even if he acted as Head of State or Government, does not relieve him of criminal responsibility or mitigate punishment".

29. "15.1 The present regulation shall apply equally to all persons without any distinction based on official capacity. In particular, official capacity as a Head of State or Government, a member of a Government or parliament, an elected representative or a government official shall in no case exempt a person from criminal responsibility under the present regulation, nor shall it, in and of itself, constitute a ground for reduction of sentence. 15.2 Immunities or special procedural rules which may attach to the official capacity of a person, whether under national or international law, shall not bar the panels from exercising its jurisdiction over such a person".

30. "The official position of any accused persons, whether as Head of State or Government or as a responsible government official, shall not relieve such person of criminal responsibility nor mitigate punishment".

31. "(...) The position or rank of any Suspect shall not relieve such person of criminal responsibility or mitigate punishment".

A norma da não imunidade de chefes de estado e governo perante tribunais internacionais teria um reconhecimento unânime em instrumentos de direito internacional penal se não fosse por um único (e último) desenvolvimento, o Protocolo de Malabo (ou Protocolo de Emendas ao Protocolo do Estatuto da Corte Africana de Justiça e Direitos do Homem), adotado pela 23ª Assembleia da UA, em junho de 2014, na capital da Guiné Equatorial. O Protocolo de Malabo faz modificações no estatuto da Corte Africana de Justiça e Direitos do Homem (CAJDH)[32], com vistas a agregar competência criminal à CAJDH, em adição às seções geral e de direitos humanos previstas na formatação original dessa corte. A iniciativa de fazer da CAJDH também uma corte penal surgiu no bojo do movimento da UA de contestação ao TPI, e foi vista como um expediente para criar uma alternativa africana ao TPI. Na contramão de décadas de desenvolvimento do direito internacional penal, o artigo 46A bis que o Protocolo de Malabo incorpora ao estatuto da CAJDH dispõe que (...)

> "Nenhuma acusação deve ser instaurada ou mantida perante o Tribunal [CAJDH] contra qualquer Chefe de Estado e de Governo da UA em exercício, ou contra qualquer pessoa agindo ou com direito de agir como tal, ou contra os outros altos funcionários do Estado com base no exercício das funções que ocupam, durante a vigência dos seus mandatos."

O supratranscrito dispositivo tornou-se a faceta de maior evidência do Protocolo de Malabo, atraindo uma torrente de críticas a todo o empreendimento, o qual, com a boa fé que o deveria ter animado posta em xeque, foi visto por muitos como um artifício para contornar o TPI e estabelecer uma corte regional que expressamente deixasse os líderes africanos a salvo de responsabilização criminal. Mesmo autores que identificaram no Protocolo de Malabo aspectos positivos para a consolidação de uma cultura de *accountability* na África não deixaram de externar preocupação quanto às implicações do artigo 46A *bis* para a credibilidade do Protocolo e o combate à impunidade no continente africano[33].

A norma de imunidade no artigo 46A *bis* deve, destarte, ser enquadrada como uma anomalia, adotada por razões casuísticas, sem o condão de abalar o vigor da norma costumeira que prevê a ausência de imunidade de chefes de estado e governo em face de tribunais internacionais. Transcorridos mais de cinco anos desde a adoção do Protocolo de

32. Quando o instrumento constitutivo da CAJDH (adotado em 2008, na 11ª Assembleia da UA) entrar em vigência, pelo atingimento das 15 ratificações necessárias, essa corte representará a fusão de duas cortes regionais, a Corte Africana de Direitos do Homem e dos Povos e a Corte Africana de Justiça. Daí ser aquele instrumento constitutivo conhecido como Protocolo de Fusão ("Merger Protocol").

33. SIRLEAF, M. V. S. The African Justice Cascade and the Malabo Protocol. *International Journal of Transitional Law*, v. 11, 2017. Disponível em: [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2901608]. Acesso em: 31.07.2019.

Malabo, cumpre observar que não houve nenhuma ratificação[34] (das 15 necessárias para a sua vigência), circunstância que até aqui desmente uma possível consensualidade africana em torno do Protocolo.

4. Linhas interpretativas das seções de instrução I e II sobre a imunidade do presidente sudanês

Como já pontuado, o debate sobre a imunidade do então chefe de estado do Sudão concentrou-se no âmbito de procedimentos instaurados sob o artigo 87(7) do ER, onde se apurava a violação do dever de cooperação por parte de estados membros visitados por Bashir, relativamente aos dois mandados de prisão e entrega do sudanês que lhes haviam sido transmitidos pelo Tribunal. O debate incidia sobre uma questão jurídica complexa e, dados os delineamentos que apresentava, inovadora, acerca da qual não havia precedentes na jurisprudência internacional que pudessem, com rigor, orientar a atuação do TPI.

A questão desdobrava-se em dois eixos, abarcando a imunidade de um dignitário tanto perante a justiça internacional como perante a justiça de terceiros estados. Não sendo o Sudão um estado parte do ER, haveria, no eixo *vertical*, a discussão, embora significativamente menor, sobre se o presidente Bashir seria imune ou não à jurisdição do TPI. O aspecto mais controverso da questão diria respeito ao eixo *horizontal*, isto é, à suposta imunidade de Bashir no território dos estados membros, destinatários da ordem do TPI de prendê-lo e entregá-lo ao Tribunal.

As seções de instrução I e II do TPI, em um intervalo de seis anos, manifestaram-se, consoante já se apontou, em oito oportunidades a propósito da violação do dever de cooperação previsto no ER por parte de estados membros que deixaram de prender e entregar Bashir ao Tribunal. O caso da Nigéria é particular, dado que esse país afirmou em sua defesa que Bashir – que viajara a Abuja a fim de participar de Cúpula da UA sobre AIDS em 15 e 16.07.2013 – não havia sido convidado pelo governo nigeriano, e que se evadira do país antes do fim do evento, quando o governo local estava considerando que medidas tomar frente às suas obrigações decorrentes do ER, circunstâncias que levariam a seção de instrução II a não decretar a falta de cumprimento daquelas obrigações pelo país em questão[35].

34. Informação disponível em: [https://au.int/sites/default/files/treaties/36398-sl-protocol%20on%20amendments%20to%20the%20protocol%20on%20the%20statute%20of%20the%20african%20court%20of%20justice%20and%20human%20rights.pdf]. Acesso em: 31.07.2019.

35. Decision on the Cooperation of the Federal Republic of Nigeria Regarding Omar Al-Bashir's Arrest and Surrender to the Court. Pre-Trial Chamber II, 5 September 2013. *ICC-02/05-01/09*. Disponível em: [www.icc-cpi.int/CourtRecords/CR2013_05860.PDF]. Acesso em: 02.08.2019.

Em todas as demais decisões, as seções de instrução I e II chegaram à mesma conclusão, no sentido da ausência de imunidade do presidente sudanês e, conseguintemente, do descumprimento da obrigação de cooperação a cargo dos países membros que o receberam. A argumentação utilizada nas diferentes decisões, no entanto, por vezes, variou e muito, o que conduziu a que, em certos quadrantes, a abordagem do Tribunal acerca de tão controvertido assunto – cuja principal consequência seria confirmar a ordem de prisão e entrega ao TPI de mandatário de estado que nunca aceitou aderir ao ER – fosse censurada pela falta de consistência. Autor que se situa nesse campo, Akande, aludindo a ditas decisões das seções de instrução, defende que o TPI administrou mal o tema da imunidade de chefes de estado (juntamente com o CSNU), atribuindo a esse fato danos à autoridade do Tribunal e parcela do estranhamento na relação entre este e a UA[36].

Uma mirada sobre as decisões proferidas pelas seções de instrução sob o artigo 87(7) (excetuando-se a da Nigéria, de 05.09.2013, pelas particularidades citadas) permite reuni-las em três grupos, de acordo com as linhas de interpretação utilizadas. Esse agrupamento respeita o aspecto cronológico e indica uma evolução da jurisprudência. O primeiro grupo inclui as decisões da seção de instrução I em face do Malaui e do Chade (ambas em 13.12.2011); o segundo, as decisões da seção de instrução II contra a RDC (09.04.2014), o Djibuti e Uganda (as duas últimas em 11.07.2016); já o terceiro, as decisões da seção de instrução II contra a África do Sul (06.07.2017) e a Jordânia (11.12.2017). Os três grupos de decisões serão examinados a seguir, mas, por um imperativo de conveniência analítica, será priorizada a primeira decisão listada em cada grupo, tendo em conta que as demais replicam os argumentos por ela usados.

4.1. Primeiro grupo: decisões da seção de instrução I contra o Malaui e o Chade

A defesa dos países membros visitados por Bashir é permeada pela ideia mestra de que, não sendo o Sudão parte do ER, embora a imunidade do seu chefe de estado perante o TPI tenha sido afastada mediante o acionamento do Tribunal pelo CSNU (concessão que ajuda a superar querela sobre o eixo vertical da imunidade), ainda assim a sua imunidade perante os sistemas de justiça dos estados membros permaneceria, supostamente assegurada pelo direito internacional. Nessa linha, Bashir poderia ser processado criminalmente pelo TPI, mas o cumprimento dos mandados de prisão pelos estados membros em cujo território Bashir se encontrasse esbarraria na sua imunidade como chefe de estado. Tal raciocínio encontraria abrigo, segundo os seus proponentes, no artigo 98(1) do ER, de forma que a execução da ordem de prisão e entrega só seria possível se o estado de que o réu é chefe (Sudão) renunciasse à imunidade. Na interpretação adotada e difundida

36. AKANDE, Dapo. The Immunity of Heads of States of Nonparties in the Early Years of the ICC. *AJIL Unbound*, v. 112, p. 172-176, 2018. Disponível em: [https://doi.org/10.1017/aju.2018.56]. Acesso em: 02.08.2019.

pela UA, o artigo 98(1) legalmente habilitaria os estados membros a negar cumprimento à ordem de prisão emitida pelo TPI.

A seção de instrução I dedica-se a fazer uma retrospectiva da evolução da norma que afasta a imunidade de chefes de estado e governo em procedimentos internacionais, para concluir que "o princípio em direito internacional é que a imunidade de chefes de estado antigos ou atuais não pode ser invocada para barrar o processamento por uma corte internacional"[37]. A seguir, o órgão julgador ingressa no verdadeiro nó da controvérsia, a imunidade de chefes de estado com respeito a pedidos de prisão e entrega, admitindo que "há uma tensão inerente entre os artigos 27(2) e 98(1) do Estatuto e o papel que a imunidade desempenha quando o Tribunal busca cooperação relativamente à prisão de um chefe de estado"[38].

A seção de instrução I enfatiza que o direito internacional costumeiro cria uma exceção à imunidade de chefe de estado quando um tribunal internacional requer a prisão de uma tal autoridade pela prática de crimes internacionais. A essa conclusão, caberia opor o argumento de que, se a execução da ordem de prisão couber a um terceiro estado, a imunidade poderia ser regularmente invocada, pois a coerção representada pela execução da ordem equivaleria a submeter o presidente sudanês ao sistema legal desse terceiro estado.

Reputa-se, que o principal ponto articulado na decisão contra o Malaui, que permite contraditar o argumento mencionado no parágrafo anterior, é o entendimento segundo o qual a ausência de imunidade perante tribunais internacionais se estenderia a todos os atos de cooperação por parte dos estados membros e que são parte essencial da atividade judicante daqueles tribunais (neste caso, a ordem de prisão e entrega de um chefe de estado). Quando um país membro do ER implementa um pedido de cooperação do TPI, dito ato, de acordo com a decisão em tela, deve ser visto como um *ato do próprio TPI*, e não do estado que o executa. Essa lógica encorparia juridicamente a desconsideração da imunidade de Bashir *vis-à-vis* terceiros estados. A decisão afirma que (...)

> "(...) é o ponto de vista desta Câmara que, ao cooperar com esta Corte e, portanto, atuar em seu nome, os Estados Membros são instrumentos para a implementação do *jus puniendi* da comunidade internacional, cujo exercício foi confiado a esta Corte quando os Estados falharem em processar os responsáveis por crimes sob a jurisdição da mesma."[39]

37. Corrigendum to the Decision Pursuant to Article 87(7) of the Rome Statute on the Failure by the Republic of Malawi to Comply with the Cooperation Requests Issued by the Court with Respect to the Arrest and Surrender of Omar Hassan Ahmad Al Bashir. Pre-Trial Chamber I, 13 December 2011. *ICC-02/05-01/09*, § 36. Disponível em: [www.icc-cpi.int/CourtRecords/CR2011_21750.PDF]. Acesso em: 03.08.2019.

38. Ibidem, § 37.

39. Ibidem, § 46.

Em consequência de ter o Malaui se omitido de entabular consultas com o TPI no que pertine às alegadas dificuldades do país em implementar o mandado de prisão de Bashir – consultas essas previstas no artigo 97 do ER[40] e o meio idôneo de "opor-se" a um pedido de cooperação do Tribunal –, bem como em vista do descumprimento do dever de cooperação com o Tribunal, a seção de instrução decidiu encaminhar o caso ao CSNU e à AEP.

4.2. Segundo grupo: decisões da seção de instrução II contra a RDC, o Djibuti e Uganda

A decisão que analisou o descumprimento do dever de cooperação pela RDC serve-se de uma fundamentação de maior sofisticação comparativamente àquela utilizada na decisão contra o Malaui. A seção de instrução II afirma que, tendo em conta que se está diante do processamento do chefe de estado de um país não membro do ER, o tema das imunidades a que ele faria jus ou não emerge de forma válida. A solução deveria ser buscada no artigo 98(1) do Estatuto, disposição que direciona o Tribunal a obter a renúncia da imunidade por parte do Sudão, como meio de evitar um conflito entre as obrigações da RDC perante o ER (executar o mandado de prisão) e perante o direito internacional geral (respeitar as imunidades de chefe de estado estrangeiro no território congolês). Segundo a linha de pensamento da seção de instrução II, enquanto estivesse na RDC, Bashir gozaria de imunidade neste país (a qual deveria ser afastada, via renúncia, para ser viabilizada a sua prisão e entrega ao TPI), o que destoa do entendimento adotado na decisão contra o Malaui, onde não haveria qualquer imunidade presente.

O órgão julgador alude, então, à Resolução 1.593 (2005) do CSNU, que submeteu a situação sudanesa ao TPI – instrumento, sublinhe-se, que não foi invocado na fundamentação da decisão contra o Malaui –, mais especificamente ao seu § 2º, que reza que o "Governo do Sudão (...) *deve* ['shall'] cooperar integralmente e prover toda a assistência necessária ao Tribunal e ao Promotor de acordo com esta resolução"[41]. Refira-se que, inicialmente, o Sudão cooperou com o TPI, mas esse quadro modificou-se quando os primeiros mandados de prisão contra pessoas suspeitas de crimes no país foram emitidos, e deteriorou-se completamente quando foi expedida a primeira ordem de prisão contra Bashir. Para o Tribunal, a cooperação exigida do Sudão pela resolução tinha por fito eliminar qualquer impedimento aos procedimentos que se instaurariam no TPI, incluindo eventuais imunidades. Qualquer outra interpretação, conforme a seção de instrução II, tornaria sem sentido a determinação contida na Resolução 1.593 (2005) de que o Sudão "deve cooperar

40. "Sempre que, ao abrigo do presente Capítulo, um Estado Parte receba um pedido e verifique que este suscita dificuldades que possam obviar à sua execução ou impedi-la, o Estado em causa iniciará, sem demora, as consultas com o Tribunal com vista à solução desta questão (...)".

41. Resolution 1593 (2005), 31 March 2005. *U.N. Doc. S/RES/1593 (2005)*, § 2º. Disponível em: [www.refworld.org/docid/42bc16434.html]. Acesso: 08.08.2019.

integralmente" e "prover toda a assistência necessária ao Tribunal". Nesse sentido, a linguagem usada no § 2º da resolução equivaleria à renúncia à imunidade requerida na parte final do artigo 98(1) do ER ("a menos que obtenha previamente a cooperação desse Estado terceiro com vista ao levantamento da imunidade"). Prossegue o órgão julgador:

> "Em virtude do mencionado parágrafo, o CS [Conselho de Segurança] implicitamente renunciou às imunidades concedidas a Omar Al Bashir sob o direito internacional e vinculadas à sua posição de Chefe de Estado. Consequentemente, também não existe nenhum impedimento no nível horizontal entre a RDC e o Sudão no que se refere à execução dos mandados de 2009 e 2010."[42]

O Tribunal mostra-se deferente à regra de direito internacional de que a imunidade de alta autoridade enquanto no território de terceiro estado só deixa de operar se for obtida a renúncia da imunidade. No entanto, *in casu*, a manifestação de vontade do Sudão contendo a renúncia pôde, no enxergar do Tribunal, ser *suprida* pelo § 2º da Resolução 1.593 (2005) do CSNU, que teria implicitamente removido as imunidades de Bashir.

A seguir, a seção de instrução II enfrenta a alegação da RDC de que o país deveria respeitar decisão da Assembleia da UA emitida em 12.12.2013, segundo a qual "nenhum Chefe do Estado ou Governo da UA no exercício das suas funções [...] estará obrigado a comparecer perante nenhuma corte ou tribunal internacional durante o seu mandato"[43]. O TPI esclarece que o conflito que a RDC diz existir não seria entre obrigações geradas pela UA e pelo ER, mas entre aquelas (a referida decisão da Assembleia da UA) e a Resolução 1.593 (2005) do CSNU, que removeu a imunidade de Bashir nos procedimentos junto ao TPI. Esse conflito resolver-se-ia mediante recurso aos artigos 25 e 103 da Carta da ONU, o primeiro estabelecendo que os estados membros da ONU devem aceitar e executar as decisões do CSNU, e o segundo, que, na hipótese de conflito entre as obrigações em virtude da Carta e de qualquer outro acordo internacional, prevalecerão as obrigações sob a Carta.

Como na decisão da seção de instrução I contra o Malaui, a seção de instrução II entendeu por encaminhar o descumprimento da RDC ao CSNU e à AEP para as providências cabíveis.

4.3. Terceiro grupo: decisões da seção de instrução II contra a África do Sul e a Jordânia

A visita de Bashir à África do Sul em 2015 teve repercussão consideravelmente maior do que as viagens aos demais países membros, em razão de uma série de fatores.

---

42. Decision on the Cooperation of the Democratic Republic of the Congo Regarding Omar Al Bashir's Arrest and Surrender to the Court. Pre-Trial Chamber II, 9 April 2014. *ICC-02/05-01/09*, § 29. Disponível em: [www.icc-cpi.int/CourtRecords/CR2014_03452.PDF]. Acesso em: 08.08.2019.

43. Idem, § 19.

O primeiro aspecto a salientar é o descumprimento da ordem de prisão de Bashir ter-se chocado com posturas históricas da África do Sul como defensora do TPI e liderança do grupo africano no Tribunal, em cujo papel os sul-africanos sempre se haviam colocado como um elemento de moderação frente a certas atitudes mais radicais do grupo a respeito da Corte. Outro aspecto prende-se a ter a visita à África do Sul (e suas repercussões), por seus peculiares desenvolvimentos, merecido maior atenção da imprensa e da academia, em contexto no qual houve forte envolvimento e militância de organizações da sociedade civil.

A África do Sul sediou a 25ª Assembleia da UA em Johanesburgo, entre 5 e 15.06.2015. Na condição de anfitrião, o país havia assumido junto à UA o compromisso de que Bashir não seria preso durante o período em que estivesse em território sul-africano para a reunião. Não obstante, a ONG "Southern Africa Litigation Centre" interpôs na Justiça sul-africana medida cautelar em face do Executivo requerendo que Bashir, que já estava na África do Sul, fosse proibido de deixar o país, até o exame do pedido de fundo, relacionado à sua prisão e entrega ao TPI. Em 14.06, a cautelar foi deferida (no dia anterior, a seção de instrução II havia emitido despacho confirmando que a África do Sul se encontrava legalmente obrigada a prender e entregar Bashir ao TPI). No entanto, para assombro geral, o governo sul-africano descumpriu também a ordem emanada da Justiça de seu país, e às pressas escoltou o sudanês até o aeroporto e possibilitou a sua fuga[44].

De acordo com Akande, a decisão sob o artigo 87(7) do ER proferida pela seção de instrução II em 06.07.2017 teria formulado argumentos mais convincentes acerca da ausência de imunidade de Bashir, quando comparada às decisões anteriores sobre a questão[45]. Do mesmo modo, a decisão em questão apresenta maior densidade que as anteriores, o que é sugerido pela sua extensão de 53 páginas, bastante superior que a extensão das decisões sobre o Malaui (22 páginas) e a RDC (18 páginas).

Logo no princípio das razões de decidir, a seção de instrução II exprime controvertida (e frágil) posição que se choca com aquela observação elogiosa de Akande, bem como com manifestações precedentes do Tribunal quanto à matéria, ao consignar que o órgão não pôde identificar no direito internacional costumeiro nenhuma regra que exclua a imunidade de chefes de estado quando a sua prisão por crimes internacionais é pretendida por um terceiro estado, "mesmo quando a prisão é pretendida em nome de uma corte internacional, incluindo, especificamente, esta Corte"[46]. Ou seja, segundo essa afirmação da seção de instrução II, se a matéria fosse decidida apenas com referência a regras

44. VYVER, J. D. Van der. The Al Bashir debacle. *African Human Rights Law Journal*, v. 15, p. 562-564, 2015. Disponível em: [www.saflii.org/za/journals/AHRLJ/2015/28.pdf]. Acesso em: 14.08.2019.

45. AKANDE. Op. cit., p. 176.

46. Decision under article 87(7) of the Rome Statute on the non-compliance by South Africa with the request by the Court for the arrest and surrender of Omar Al-Bashir. Pre-Trial Chamber II, 6 July 2017. *ICC-02/05-01/09*, § 68. Disponível em: [www.icc-cpi.int/CourtRecords/CR2017_04402.PDF]. Acesso em: 14.08.2019.

de direito internacional, sem consideração da Resolução 1.593 (2005) do CSNU, o entendimento penderia para o reconhecimento da imunidade de Bashir, durante a sua permanência no território de terceiros estados.

Na decisão em comento, mais uma vez a Resolução 1.593 (2005) do CSNU adquire centralidade na análise empreendida pelo Tribunal. Para a seção de instrução II, um efeito da dita resolução, que, com base no artigo 13(b) do ER, submeteu a situação sudanesa ao TPI, seria fazer com que a normativa contida no Estatuto se aplicasse, na sua plenitude, ao caso em questão. Isso encontraria guarida no *caput* do artigo 13, que diz que o Tribunal exercerá jurisdição "de acordo com o disposto no presente Estatuto" (independentemente de sob que alínea a sua jurisdição foi ativada – a, b ou c). A seção de instrução II observa que a Resolução 1.593 (2005) também impôs ao Sudão as obrigações de cooperar integralmente e prover toda a assistência necessária à Corte, as quais o país não teria em condições normais, já que não aderiu ao ER. Assim, "para o restrito propósito da situação em Darfur, o Sudão possui direitos e deveres análogos àqueles dos estados partes do Estatuto"[47] (em especial no que toca à ausência de imunidades e aos deveres de cooperação). Na ótica da seção de instrução II, no processo sobre o descumprimento do dever de cooperação pela África do Sul, o Sudão deveria ser tratado como se país membro do ER fosse, para os fins dos procedimentos criminais no TPI. O órgão julgador concede que se estaria diante de uma expansão da aplicabilidade de um tratado (ER) sem a anuência do estado envolvido, todavia, essa expansão encontraria suporte na Carta da ONU, que possibilita ao CSNU criar tais obrigações aos estados.

Em passagem que contraria a jurisprudência anterior do TPI (conforme a decisão sobre a RDC), a seção de instrução II assevera que não entende que a supracitada resolução do CSNU tenha operado renúncia – explícita ou implícita – às imunidades de Bashir, já que tais imunidades não incidiriam *in casu*, dada a aplicabilidade ao Sudão do artigo 27(2) do ER[48]. Isso é ilustrativo de que a crítica, mencionada em linhas acima, de que as fundamentações das várias decisões do Tribunal pecam pela falta de congruência é de fato procedente, naturalmente reclamando uma futura manifestação da instância superior (câmara de apelação), para a pacificação da jurisprudência.

A seção de instrução II realça que o artigo 98(1) do ER dirige-se ao Tribunal, e não aos estados membros. Com isso, o dispositivo teria o único propósito de orientar o TPI quando ele intente fazer um pedido de auxílio aos estados membros (como um mandado de prisão e entrega), de modo a garantir que esse pedido não viole eventuais imunidades que o estado destinatário esteja obrigado a respeitar por força do direito internacional. Essa interpretação desidrata o artigo 98(1), ao vedar que os países membros do ER o invoquem a fim de negar cumprimento a um pedido de cooperação da Corte – invocação que a UA defendia.

47. Ibidem, § 88.

48. Ibidem, § 96.

Um estado membro pode legitimamente considerar que se encontra impossibilitado de cumprir um pedido (ordem) do TPI, por distintas razões. No presente caso, essa impossibilidade decorreria do suposto dever de respeitar a imunidade do presidente sudanês, enquanto ele estivesse na África do Sul. A seção de instrução II clarifica que, quando um estado entender que se vê impossibilitado de atender a um pedido da Corte em vista do dever de respeitar as imunidades de uma autoridade estrangeira, esse estado, nos termos das Regras de Procedimento e Prova do TPI (regra 195[49]), deverá notificar o Tribunal e prestar-lhe todas as informações relevantes, a fim de que o Tribunal decida a respeito da aplicação do artigo 98. O órgão julgador afirma igualmente que o artigo 97 do ER, que prevê a realização de consultas entre um estado membro e o Tribunal para o equacionamento de dificuldades relacionadas a um pedido de auxílio, poderia ser invocado por um estado que identifique dificuldades de cumprimento referentes a imunidades. Na visão do Tribunal, portanto, a regra 195 e o artigo 97 do ER seriam os mecanismos à disposição dos estados membros para contrapor-se a um pedido do Tribunal, ao invés de simplesmente denegar cumprimento apelando ao artigo 98(1).

A seção de instrução II elegeu não encaminhar o descumprimento da África do Sul ao CSNU e à AEP, calcada na aparente boa-fé desse país em ter sido o primeiro a estabelecer com o Tribunal as consultas do artigo do 97 do ER referentemente à sua não cooperação. Em todas as instâncias de não cooperação precedentemente reconhecidas, o TPI havia encaminhado o caso ao conhecimento do CSNU e da AEP para as providências cabíveis. Na decisão contra a África do Sul, o Tribunal observa, ademais, em tom de desaprovação, que nenhuma medida fora tomada pelo CSNU em resposta nos casos anteriores, o que reforçaria a convicção da seção de instrução II de que eventual encaminhamento seria inócuo[50].

Embora os três julgadores que formavam a seção de instrução II (Cuno Tarfusser, Marc Perrin de Brichambaut e Chang-ho Chung) tenham entendido que Bashir não dispunha de imunidades, de sorte a caracterizar-se quebra do dever de cooperação pela África do Sul, o juiz francês Brichambaut não concordou com as razões de decidir dos seus colegas, refletidas no julgamento, e apensou uma opinião minoritária. Para Brichambaut, no que se refere à questão de ter a resolução 1593 igualado o Sudão, para os propósitos dos procedimentos junto ao TPI, a um estado parte do ER, haveria certo grau

49. Regra 195(1): "Quando um Estado requerido notificar a Corte de que um pedido para entrega ou auxílio levanta um problema de execução com respeito ao artigo 98, o Estado requerido deverá prover toda informação relevante para auxiliar a Corte na aplicação do artigo 98 (…)".

50. Essa inação do CSNU é um ponto de desgaste entre o órgão e a promotoria do TPI, abordado, de forma dura, em relatórios periódicos que cabe à última fazer perante o Conselho, como o proferido por Fatou Bensouda em 08.06.2017, onde ela diz que "by failing to act in response to such Court decisions, this Council is in essence relinquishing and undermining its clear role on such matters arising from the Rome Statute (...)" (*Statement before the United Nations Security Council on the Situation in Darfur, pursuant to UNSCR 1593 (2005)*, 8 June 2017, § 30. Disponível em: [www.icc-cpi.int/Pages/item.aspx?name=170608-otp-stat-UNSC]. Acesso em: 20.08.2019).

de validade tanto nos argumentos da promotoria quanto nos da África do Sul, situação que se refletiria também nos debates acadêmicos. Nesse cenário, o magistrado francês, contrariamente à posição da maioria, afirma não ser possível chegar a uma "firme conclusão" sobre a questão, o que lhe leva a rejeitar a equivalência do Sudão a estado parte reconhecida pelos seus pares. Na mesma linha, Brichambaut aduz não poder extrair-se da Resolução 1.593, com segurança, que ela tenha pretendido remover as imunidades de Bashir.

O afastamento das imunidades de Bashir justificar-se-ia, na visão do juiz Brichambaut, pela incidência da Convenção para a Prevenção e a Repressão do Crime de Genocídio de 1948 (doravante, Convenção do Genocídio), da qual tanto a África do Sul como o Sudão são partes (desde 1999 e 2004, respectivamente), instrumento que constituiria uma base segura para que a imunidade de Bashir, operante no plano horizontal entre os dois países, fosse afastada. Tal seria possível, segundo o julgador francês, uma vez que o artigo 4º da Convenção do Genocídio determina que quaisquer pessoas que tiverem cometido genocídio serão punidas, sejam elas governantes, funcionários públicos ou particulares. Já o artigo 6º reza que o julgamento se dará nos tribunais competentes do Estado em cujo território o ato foi cometido ou em corte internacional competente com relação às partes, sendo a segunda hipótese a do TPI (conquanto o Sudão não fosse membro do ER, Brichambaut reconhece que a jurisdição do Tribunal havia sido regularmente estabelecida por força do artigo 13(b) do Estatuto)[51].

A decisão contra a Jordânia foi proferida pela mesma formação da seção de instrução II, pouco mais de cinco meses depois, em 11.12.2017, com argumentação e desfecho idênticos, incluindo-se a opinião minoritária de Brichambaut. A variação de argumentos utilizados pelo Tribunal no enfrentamento da temática da imunidade de chefes de estados não partes, manifestada por meio das três linhas interpretativas analisadas e exacerbada pelos aportes do juiz Brichambaut, demandava uma manifestação da câmara de apelação que uniformizasse o entendimento do TPI acerca de tão controvertido assunto. Essa oportunidade só apareceria com o recurso apresentado à câmara de apelação pela Jordânia (em 12.03.2018), o primeiro país a recorrer da decisão contrária sob o artigo 87(7) do ER.

5. Pacificação da jurisprudência: a decisão da câmara de apelação no recurso apresentado pela Jordânia

A muito aguardada decisão da câmara de apelação sobre o recurso interposto pela Jordânia foi entregue em 06.05.2019. A câmara demonstrou abertura a terceiras partes

51. Minority Opinion of Judge Marc Perrin de Brichambaut. Pre-Trial Chamber II, 6 July 2017. *ICC-02/05-01/09-302-Anx*. Disponível em: [www.icc-cpi.int/RelatedRecords/CR2017_04403.PDF]. Acesso em: 26.08.2019.

interessadas em realizar aportes ao Tribunal, recebendo contribuições, como *amici curiae*, de organismos internacionais (UA e Liga Árabe) e diversos professores de direito internacional. Quanto ao tema das imunidades do presidente do Sudão, os cinco integrantes dessa câmara recursal (juízes Chile Eboe-Osuji, Howard Morrison, Piotr Hofmanski, Luz del Carmen Ibáñez Carranza e Solomy Balunge Bossa) decidiram, de forma *unânime*, manter o entendimento da seção de instrução II de que Bashir não dispunha de imunidades e, como consequência, a Jordânia descumprira a sua obrigação de prendê-lo e entregá-lo ao TPI. O julgamento da seção de instrução II foi revertido, porém, no concernente ao encaminhamento do descumprimento jordaniano ao CSNU e à AEP; por maioria (três contra dois), a câmara de apelação reputou que manifestação da Jordânia ao TPI, embora tardia, equivalia a uma solicitação de consultas, gesto análogo ao da África do Sul que autorizaria reverter o encaminhamento àqueles órgãos decretado pela seção de instrução II.

O recurso da Jordânia, entre outros pontos, explora o argumento da incerteza jurídica supostamente provocada pelo uso de diferentes bases legais por parte das seções de instrução I e II para definir o tema das imunidades de Bashir. A Jordânia assevera que as seções de instrução adotaram três abordagens completamente díspares a propósito da Resolução 1.593 (2005) do CSNU e dos seus impactos sobre as obrigações dos estados, segundo o direito internacional, de respeitar a imunidade do presidente Bashir: "(1) a resolução não é invocada em absoluto; (2) a resolução implicitamente removeu a imunidade do Presidente Al-Bashir; e (3) a resolução colocou o Sudão em uma posição análoga à de um Estado Parte"[52]. A decisão da câmara de apelação prestar-se-ia a pacificar essas fundamentações dissonantes, desenvolvendo uma linha que predominasse sobre as demais, o que é feito mediante o robustecimento de argumentos articulados, precipuamente, na decisão sobre a África do Sul.

Já no começo da fundamentação, a câmara de apelação trata de delinear a questão jurídica que se lhe apresentava:

> "(...) se a imunidade de Chefe de Estado encontra aplicação em uma situação em que a Corte requer a um Estado Parte do Estatuto de Roma prender e entregar o Chefe de Estado de outro Estado (nesse caso, o Sudão), o qual, apesar de não ser parte do Estatuto de Roma, é objeto de uma denúncia à Corte pelo Conselho de Segurança da ONU e, nos termos da Resolução 1.593, está obrigado a cooperar integralmente com a Corte."[53]

52. The Hashemite Kingdom of Jordan's appeal against the "Decision under article 87(7) of the Rome Statute on the non-compliance by Jordan with the request by the Court for the arrest and surrender [of] Omar Al-Bashir". Appeals Chamber, 12 March 2018. *ICC-02/05-01/09-326*, § 43. Disponível em: [www.icc-cpi.int/CourtRecords/CR2018_01658.PDF]. Acesso em: 26.08.2019.

53. Judgement in the Jordan Referral re Al-Bashir Appeal. Appeals Chamber, 6 May 2019. *ICC-02/05-01/09 OA2*, § 96. Disponível em: [www.icc-cpi.int/CourtRecords/CR2019_02856.PDF]. Acesso em: 26.08.2019.

A câmara de apelação faz a invocação do artigo 27(2) do ER, traçando a linhagem da regra da não imunidade perante tribunais internacionais que ele incorpora, desde o pioneiro artigo 7º do Estatuto do Tribunal de Nuremberg, com o fito de provar o caráter costumeiro da regra. A câmara sublinha que a ausência de imunidade contempla não só a relação vertical entre o tribunal internacional e o chefe de estado, "mas também a relação horizontal entre Estados quando um Estado é solicitado por uma corte internacional a prender e entregar o Chefe de Estado de outro Estado"[54].

O único reparo à fundamentação desenvolvida pela seção de instrução II relaciona-se a trecho que originalmente apareceu na decisão sobre a África do Sul, já mencionado, consoante o qual aquela seção não teria podido identificar uma regra de direito internacional que excluísse a imunidade de chefes de estado, ainda quando sua prisão é buscada por outro estado em nome de uma corte internacional. A câmara de apelação opôs-se a esse entendimento, afirmando que ela adere à opinião formulada na decisão da seção de instrução I sobre o Malaui, de que a imunidade de chefes de estado não pode ser invocada para barrar o processamento por uma corte internacional, o mesmo sucedendo relativamente a chefes de estados não partes do ER, sempre que o TPI exerça jurisdição sobre a situação. A câmara de apelação pontua, todavia, que, não obstante aquele equivocado entendimento, a conclusão a que a seção de instrução II chegou, de que a Jordânia deveria ter prendido e entregado Bashir, foi correta, tendo em vista a intepretação do ER e a posição do Sudão de acordo com a Resolução 1.593 (2005)[55].

A Jordânia, em seu recurso, articulou o argumento de que o artigo 27(2), devido à sua localização no ER (capítulo III – Princípios Gerais de Direito Penal), só diria respeito ao tema do exercício de jurisdição pelo Tribunal (*adjudicatory jurisdiction*), e não àquele da prisão e entrega de pessoas (*enforcement jurisdiction*), regulado no capítulo IX – Cooperação Internacional e Auxílio Judiciário. A câmara de apelação não se convenceu com a argumentação jordaniana, entendendo que o propósito do artigo 27(2) – assegurar que imunidades não obstaculizem o exercício de jurisdição pela Corte – resultaria frustrado se a um estado parte fosse permitido invocar imunidade como fundamento para negar-se a cumprir um mandado de prisão e entrega contra chefe de estado[56]. A proceder a alegação da Jordânia, nunca um chefe de estado poderia ser preso e entregue ao TPI ausente uma renúncia à imunidade por parte do seu estado.

A câmara de apelação reforça que um estado membro destinatário de um pedido de cooperação do TPI para a prisão e entrega de um réu age em nome do TPI; nessa hipótese, estabelece-se uma ficção jurídica consoante a qual não se trata de exercício de jurisdição por parte do estado em questão (*foreign criminal jurisdiction*), e sim de exercício de jurisdição pelo próprio TPI (*ICC jurisdiction*). A câmara também acentua que o artigo 98 do ER é uma regra procedimental dirigida unicamente ao Tribunal, não podendo ser

54. Ibidem, § 114.

55. Ibidem, § 118-119.

56. Ibidem, § 122.

invocada por nenhum país membro, nem tampouco constituindo fonte de imunidades. A função do artigo, como já observado, é orientar o Tribunal a considerar a existência de eventuais imunidades antes de formular um pedido de prisão e entrega[57]. Não cabe a um estado unilateralmente decidir não atender a um pedido de cooperação do Tribunal com base no artigo 98. A única via que se lhe coloca para tanto é entabular consultas com a Corte, juízo confirmado pela câmara de apelação.

No que pertine ao dever de cooperação com o Tribunal por parte do Sudão, a câmara de apelação assevera que, abstraindo-se quaisquer obrigações que possam advir de resoluções do CSNU, o "regime de cooperação" do ER, delineado no capítulo IX, faz uma distinção entre deveres de cooperação de estados partes e a cooperação de estados não partes. Quanto aos primeiros, o artigo 86 do ER impõe a obrigação de "cooperar plenamente com o Tribunal no inquérito e no procedimento contra crimes da competência deste". Já a cooperação a cargo de estados não partes é abordada no artigo 87(5), o qual estipula, na letra a, que tal cooperação deverá ser acertada com o estado de que se trate, "com base num convênio *ad hoc*, num acordo celebrado com esse Estado ou por qualquer outro modo apropriado".

A câmara de apelação questiona-se sobre que regime de cooperação deve aplicar-se ao Sudão – o regime geral do artigo 86 ou aquele para não partes do artigo 87(5) –, indicando que a Resolução 1.593 (2005) fornece os elementos para a resposta. A decisão sob foco recapitula que a mencionada resolução dispõe que o governo sudanês "deve cooperar integralmente e prover toda a assistência necessária ao Tribunal e ao Promotor", formulação que é bem mais robusta que a que o mesmo parágrafo faz recair sobre os demais estados não partes do ER, os quais "se urge" a cooperar plenamente, ainda que não possuam nenhuma obrigação sob o Estatuto. À luz disso, a câmara de apelação julga que o regime de cooperação incidente sobre o Sudão é o geral, comum a todos os países membros do ER. A obrigação legal de cooperar que daí decorre retiraria do Sudão, segundo a câmara, a possibilidade de invocar a imunidade do seu chefe de estado a fim de frustrar a sua prisão em nome do TPI[58].

A Jordânia também sustentou no seu recurso que entendimento da seção de instrução II a propósito da aplicação ao caso da Convenção de 1953 sobre Privilégios e Imunidades da Liga Árabe merecia reparo. A razão da viagem do presidente Bashir à Jordânia havia sido participar da 28ª Cúpula da Liga Árabe (29.03.2017) e, alegadamente, o dignitário sudanês, além do direito internacional sobre imunidades, estaria também protegido pela Convenção de 1953 enquanto permanecesse em território jordaniano para tomar parte na reunião da Liga (ou no respectivo trânsito) – o artigo 11, a, prevê imunidade contra prisão e detenção para membros das delegações. Segundo a Jordânia, a Convenção de 1953 asseguraria, frente ao ER, a imunidade de Bashir, por força do artigo 98(2), cujo texto dispõe:

57. Ibidem, § 130-131.

58. Ibidem, § 136-144.

> "O Tribunal pode não dar seguimento à execução de um pedido de entrega por força do qual o Estado requerido devesse atuar de forma incompatível com as obrigações que lhe incumbem em virtude de acordos internacionais à luz dos quais o consentimento do Estado de envio é necessário para que uma pessoa pertencente a esse Estado seja entregue ao Tribunal, a menos que o Tribunal consiga, previamente, obter a cooperação do Estado de envio para consentir na entrega."

Refira-se brevemente que o dispositivo acima foi inserido no ER por pressão dos EUA, que visualizavam formar uma rede dos acordos ali mencionados, com o maior número possível de países, como maneira de proteger o seu pessoal militar e civil destacado pelo mundo do alcance do TPI[59] (denominados *bilateral immunity agreements*, eles seriam ironicamente alcunhados de *bilateral impunity agreements*). A câmara de apelação afirmou que a Convenção de 1953 poderia ter relevância para o artigo 98(1), mas não ao artigo 98(2), que se refere a um tipo de acordo específico. De todo modo, o dever de cooperar com o TPI imposto ao Sudão pela Resolução 1.593 (2005) arredaria, na visão da câmara, a possibilidade de invocação das imunidades previstas na Convenção de 1953[60].

5.1. A opinião concorrente dos juízes Eboe-Osuji, Morrison, Hofmánski e Bossa

Os quatros juízes, anteriormente nominados, apensaram à decisão da câmara de apelação uma substancial opinião concorrente, de 190 páginas, relacionada unicamente ao tema da imunidade de chefes de estado[61] (a decisão principal teve 98 páginas). O grau em que o tema é esmiuçado na opinião concorrente fornece um peso e uma autoridade ainda maiores ao entendimento a que chegou à câmara de apelação sobre a ausência de imunidade de chefes de estado e governo perante o TPI. É de destacar-se, por exemplo, a cuidadosa e exaustiva revisão da origem e evolução histórica da norma da não imunidade perante cortes internacionais. A abordagem das principais linhas da decisão da câmara de apelação foi realizada no item precedente, cabendo aqui apenas pinçar, no imenso universo da opinião concorrente, um e outro enfoque ali contidos que enriqueçam o quanto já foi tratado.

Buscando explicitar a "intenção dos legisladores" da Resolução 1.593 (2005) no tocante à existência ou não de imunidade do presidente sudanês, a opinião concorrente

59. CARDOSO, Elio. *Tribunal Penal Internacional*: conceitos, realidades e implicações para o Brasil. Brasília: FUNAG, 2012. p. 86-87.

60. Ibidem, § 154-160. A seção de instrução II, pela documentação fornecida, não pode certificar-se se o Sudão era parte da Convenção de 1953, o que foi esclarecido quando da interposição da apelação – o Sudão era parte desde 30.10.1977.

61. Judgement in the Jordan Referral re Al-Bashir Appeal. Joint Concurring Opinion of Judges Eboe-Osuji, Morrison, Hofma ski and Bossa. Appeals Chamber, 6 May 2019. *ICC-02/05-01/09-397-Anx 1*. Disponível em: [www.icc-cpi.int/RelatedRecords/CR2019_02595.PDF]. Acesso em: 04.11.2019.

realça que, durante o processo de redação da resolução, a temática das imunidades era bem presente aos membros do CSNU. Ela seria tratada na própria Resolução, no § 6º, que, de modo assaz polêmico, certamente exorbitante das prerrogativas do CSNU estipuladas no ER, prevê imunidade ante o TPI para nacionais de estados não partes (exceto o Sudão) que contribuam para esforços de paz, relativamente a ações executadas no âmbito de operações no Sudão autorizadas pelo CSNU ou pela UA[62]. De acordo com a sistemática do ER, o CSNU leva ao conhecimento da promotoria do TPI uma "situação", que poderá dar origem a inquéritos e processos criminais; nesse caso, a jurisdição do TPI quanto a determinado(s) indivíduo(s) só poderia ser afastada em atendimento ao que dispõe o ER, e não a partir de formulações de imunidade por parte do CSNU desprovidas de amparo no Estatuto. Patrocinada pelos EUA, que visava a proteger contingentes estadunidenses porventura envolvidos em operações no Sudão, a inclusão desse parágrafo seria imprescindível para que o país não vetasse a resolução[63].

A opinião concorrente observa que os registros dos debates no CSNU apontam que a maioria dos países membros do Conselho manifestaram objeções (variando de suaves a muito fortes) contra as imunidades previstas no § 6º da resolução. No caso do Brasil – cujo representante, embaixador Ronaldo Sardenberg, então presidia o CSNU –, a invenção daquela categoria de imunidades e sua inclusão na resolução 1593 (2005) seriam determinantes para que o país se abstivesse na votação do documento. Conforme os quatro juízes, a expressa previsão de uma categoria de imunidades já teria provocado uma acalorada reação. O silêncio da resolução em abordar possível imunidade do chefe de estado sudanês, para tais juízes, só poderia indicar nunca ter havido a intenção de reconhecer qualquer imunidade a Bashir (reconhecimento que representaria a concessão de uma imunidade de efeitos bem mais imediatos que aquela constante no § 6º)[64]. Caso contrário, seguramente teria ocorrido entre membros do CSNU uma reação análoga (ou até mais intensa) àquela que se observou a propósito da imunidade criada pelo § 6º da resolução.

62. "Decides that nationals, current or former officials or personnel from a contributing State outside Sudan which is not a party to the Rome Statute of the International Criminal Court shall be subject to the exclusive jurisdiction of that contributing State for all alleged acts or omissions arising out of or related to operations in Sudan established or authorized by the Council or the African Union, unless such exclusive jurisdiction has been expressly waived by that contributing State".

63. Os EUA acabaram por abster-se na votação da Resolução 1.593 (2005), afirmando que o exercício de jurisdição sobre estados não partes "golpeia a essência da natureza da soberania". Porém, decidiram não vetar a resolução para que a comunidade internacional pudesse trabalhar em conjunto para pôr um fim ao clima de impunidade no Sudão, e considerando, ainda, que a resolução oferecia proteção contra eventuais investigações e processos em face de cidadãos dos EUA e de outros estados não partes (Joint Concurring Opinion..., § 325).

64. Ibidem, § 301-311.

A opinião concorrente agrega que, desde a mencionada resolução, o CSNU seria em várias oportunidades confrontado com desdobramentos relativos à inexistência de imunidade de Bashir, sobretudo através de relatórios periódicos sobre a situação sudanesa apresentados pela promotoria ao Conselho e de notificações recebidas do TPI acerca do descumprimento da obrigação de cooperar por países que deixaram de prender e entregar Bashir ao Tribunal. Tanto o CSNU estaria de acordo com a ausência de imunidade de Bashir que nunca teria manifestado qualquer reparo a esse entendimento (adotado em diferentes ocasiões por seções do TPI), o que poderia ser feito através de uma "intepretação vinculante" da Resolução 1.593 (2005) (mediante outra resolução ou uma manifestação da presidência do CSNU)[65].

A sujeição do Sudão à jurisdição do TPI na qualidade de estado não membro e o entendimento de que o seu presidente não pode beneficiar-se das imunidades que lhe concederia o direito internacional causaria mal-estar que a opinião concorrente trabalharia para aplacar quando sublinha que o ER não se impõe a um estado não membro e ao seu presidente por força própria; essa imposição ocorre, antes, por obra da Carta da ONU, que concede ao CSNU o poder de impor obrigações aos estados com a finalidade de manter a paz internacional, dentre um amplo leque de medidas possíveis[66] – entre elas, o recurso à justiça criminal internacional. Agindo sob o capítulo VII da Carta, o CSNU deve julgar que a utilização do sistema de justiça criminal internacional contribui, no caso concreto, ao atingimento da paz e segurança internacionais. O ER, já foi dito, no artigo 13(b) formaliza esse possível uso da justiça internacional pelo CSNU, aproveitando-se a estrutura do TPI em substituição à criação de tribunais *ad hoc* observada no passado relativamente recente.

A opinião concorrente reforça que, quando um estado membro é solicitado pelo TPI a prender e entregar um indivíduo, esse estado age como mero delegado ("surrogate") da Corte; não é a jurisdição criminal nacional que está sendo exercida, mas a jurisdição criminal do TPI, por delegação ("by surrogation")[67]. Essa ficção, contudo, é temperada por elementos da realidade no artigo 59 do ER, que permite que a autoridade judiciária competente do estado em apreço efetue sindicância sobre se o mandado de detenção é aplicável à pessoa em causa, se a detenção foi executada de acordo com a lei e se os direitos do detido foram respeitados (§ 2º). O referido artigo prevê ainda que o detido terá direito a solicitar à autoridade competente do estado de detenção autorização para aguardar a

65. Ibidem, § 312-313.

66. Ibidem, § 386. Carta da ONU, art. 39: "O Conselho de Segurança determinará a existência de qualquer ameaça à paz, ruptura da paz ou ato de agressão, e fará recomendações ou decidirá que medidas deverão ser tomadas de acordo com os arts. 41 e 42, a fim de manter ou restabelecer a paz e a segurança internacionais"; art. 41: "O Conselho de Segurança decidirá sobre as medidas que, sem envolver o emprego de forças armadas, deverão ser tomadas para tornar efetivas suas decisões e poderá convidar os membros das Nações Unidas a aplicarem tais medidas (...)".

67. Ibidem, § 441-445.

sua entrega em liberdade (§ 3º); à citada autoridade estará vedado, porém, pronunciar-se sobre se o mandado de detenção foi regularmente emitido pelo TPI (§ 4º).

6. Considerações finais

O julgamento da câmara de apelação no recurso apresentado pela Jordânia serviu para pacificar as diversas fundamentações utilizadas pelas seções de instrução, porém, no mérito, todas as decisões emitidas por instâncias do TPI – e mesmo na esfera nacional, como dá conta a decisão da Justiça sul-africana – sempre coincidiram quanto à ausência de imunidades do presidente sudanês e, consequentemente, quanto à violação do dever de cooperação com o Tribunal por parte dos estados membros do ER que receberam o dignitário do Sudão.

O entendimento de que, uma vez que a jurisdição do TPI sobre um estado não membro tenha sido regularmente estabelecida, por meio da submissão de uma situação à Corte pelo CSNU, esse estado passa a ser equiparado a um estado membro do ER para os fins de investigação e processamento criminais constitui uma decorrência lógica da utilização daquela prerrogativa do Conselho de Segurança. O encaminhamento de uma situação ao TPI pelo CSNU estaria desprovido de grande parte dos seus efeitos práticos se imunidades de altos funcionários estatais pudessem ser esgrimidas com o fito de barrar a atuação do Tribunal. O amparo no ER e na Resolução 1.593 (2005) do CSNU do entendimento da câmara de apelação foi amplamente demonstrado na decisão desse órgão recursal e na opinião concorrente que se lhe apensou.

Por outro lado, não há como perder de vista a magnitude da situação que se consolidou com o entendimento ratificado pela câmara de apelação, que foi confirmar a sujeição ao TPI, sem qualquer imunidade, de chefe de estado de país que nunca aceitou aderir ao regime criado pelo ER. A crítica a essa situação que se criou, contudo, não deve ter como destinatário o TPI – que, ao não reconhecer imunidades a Bashir, fez uma aplicação minuciosa do direito posto –, e sim aspectos mais estruturais da ordem jurídica internacional, que permitem ao CSNU, um órgão político, impor comandos obrigatórios aos estados (in casu, que um estado se submeta ao TPI e coopere plenamente com o Tribunal).

É um dado da realidade internacional que, no que depender do CSNU, cujas deliberações refletem o jogo de interesses dos seus membros (sobretudo, os permanentes), alguns casos aportarão no TPI (como Sudão e Líbia), ao passo que outros não, quando interesses diretos de membros permanentes (ou de seus aliados) estiverem envolvidos. Pode-se legitimamente censurar essa seletividade intrínseca à atuação do CSNU, ou mesmo a maneira enviesada pela qual esse órgão encaminhou o caso sudanês ao TPI, já que, na mesma resolução em que o CSNU decidiu encaminhar ao TPI um estado não parte (Sudão), ele criou, sem qualquer amparo no ER, imunidades à jurisdição do Tribunal

com a finalidade de proteger nacionais dos demais estados não partes (tendo em mira, especificamente, cidadãos estadunidenses)[68].

Por fim, cumpre reforçar que a imposição de um tribunal internacional a país onde tenham ocorrido atrocidades não é algo sem precedentes, tendo esse expediente sido utilizado na década de 1990 para a criação de tribunais *ad hoc* mediante resoluções do CSNU (ex-Iugoslávia e Ruanda). Esses tribunais foram impostos às partes, com o afastamento de toda imunidade, depois de uma recomendação por uma comissão de investigação, como no caso do Sudão. Com nova roupagem (utilização do arcabouço do TPI e do ER), o CSNU aplicou à situação no Sudão uma prática internacional já consagrada.

7. Referências bibliográficas

AKANDE, Dapo. The Immunity of Heads of States of Nonparties in the Early Years of the ICC. *AJIL Unbound*, v. 112, 2018.

CARDOSO, Elio. *Tribunal Penal Internacional*: conceitos, realidades e implicações para o Brasil. Brasília: FUNAG, 2012.

Case concerning the Arrest Warrant of 11 April 2000 (Democratic Republic of the Congo v. Belgium). International Court of Justice. Judgement of 14 February 2002.

Communiqué of the 142nd Meeting of the Peace and Security Council, 21 July 2008. *A.U. Doc. PSC/MIN/Comm (CXLII)*.

Corrigendum to the Decision Pursuant to Article 87(7) of the Rome Statute on the Failure by the Republic of Malawi to Comply with the Cooperation Requests Issued by the Court with Respect to the Arrest and Surrender of Omar Hassan Ahmad Al Bashir. Pre-Trial Chamber I, 13 December 2011. *ICC-02/05-01/09*.

Decision informing the United Nations Security Council and the Assembly of the States Parties to the Rome Statute about Omar Al-Bashir's presence in the territory of the Republic of Kenya. Pre-Trial Chamber I, 27 August 2010. *ICC-02/05-01/09*.

Decision on the Cooperation of the Democratic Republic of the Congo Regarding Omar Al Bashir's Arrest and Surrender to the Court. Pre-Trial Chamber II, 9 April 2014. *ICC-02/05-01/09*.

68. Em 2018, o então assessor de segurança nacional dos EUA, John Bolton, ante a possibilidade de a promotoria do TPI abrir uma investigação sobre a situação no Afeganistão, a qual poderia vir a implicar cidadãos estadunidenses (pela regra da territorialidade), ameaçou impor sanções a funcionários do Tribunal, inclusive processando-os criminalmente nos EUA. A ameaça estendia-se também à abertura de investigações contra países aliados dos EUA (BOWCOTT, OWEN et al. John Bolton threatens war crimes court with sanctions in virulent attack. *The Guardian*. Londres, 10 set. 2018. Disponível em: [www.theguardian.com/us-news/2018/sep/10/john-bolton-castigate-icc-washington-speech]. Acesso em: 23.02.2020).

Decision on the Cooperation of the Federal Republic of Nigeria Regarding Omar Al-Bashir's Arrest and Surrender to the Court. Pre-Trial Chamber II, 5 September 2013. *ICC-02/05-01/09*.

Decision on the Implementation of the Decisions on the International Criminal Court, 31 January 2011. *A.U. Doc. Assembly/AU/Dec.334(XVI)*.

Decision on the Meeting of African States Parties to the Rome Statute of the International Criminal Court (ICC), 3 July 2009. *A.U. Doc. Assembly/AU/13(XIII)*.

Decision under article 87(7) of the Rome Statute on the non-compliance by South Africa with the request by the Court for the arrest and surrender of Omar Al-Bashir. Pre-Trial Chamber II, 6 July 2017. *ICC-02/05-01/09*.

Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional (1998). In: MAZZUOLI, Valerio de Oliveira (Org.). *Coletânea de Direito Internacional, Constituição Federal*. 7. ed. São Paulo: Ed. RT, 2009.

JALLOH, C. C. Universal Jurisdiction, Universal Prescription? A Preliminary Assessment of the African Union Perspective on Universal Jurisdiction. *Criminal Law Forum,* v. 21, n. 1, 2000.

Judgement in the Jordan Referral re Al-Bashir Appeal. Appeals Chamber, 6 May 2019. *ICC-02/05-01/09 OA2*.

Judgement in the Jordan Referral re Al-Bashir Appeal. Joint Concurring Opinion of Judges Eboe-Osuji, Morrison, Hofma ski and Bossa. Appeals Chamber, 6 May 2019. *ICC-02/05-01/09-397-Anx 1*.

KEPPLER, E. Managing Setbacks for the International Criminal Court in Africa. *Journal of African Law*, v. 56, n. 1, 2012.

MILLS, Kurt. "Bashir is Dividing Us": Africa and the International Criminal Court. *Human Rights Quarterly*, v. 34, n. 2, 2012.

Minority Opinion of Judge Marc Perrin de Brichambaut. Pre-Trial Chamber II, 6 July 2017. *ICC-02/05-01/09-302-Anx*.

Report of the International Commission of Inquiry on Darfur to the United Nations Secretary-General. Geneva, 25 January 2005.

Resolution 827 (1993), 25 May 2003. *U.N. Doc. S/RES/827 (1993)*.

Resolution 955 (1994), 8 November 1994. *U.N. Doc. S/RES/955 (2004)*.

Resolution 1.547 (2004), 11 June 2004. *U.N. Doc. S/RES/1547 (2004)*.

Resolution 1.593 (2005), 31 March 2005. *U.N. Doc. S/RES/1593 (2005)*.

SADAT, Leila N. Heads of State and Other Government Officials Before the International Criminal Court: The Uneasy Revolution Continues. *Washington University in St. Louis Legal Studies Research Paper Nº. 19-01-12,* January 2019.

Statement before the United Nations Security Council on the Situation in Darfur, pursuant to UNSCR 1593 (2005), 8 June 2017.

SIRLEAF, M. V. S. The African Justice Cascade and the Malabo Protocol. *International Journal of Transitional Law*, v. 11, 2017.

The Hashemite Kingdom of Jordan's appeal against the "Decision under article 87(7) of the Rome Statute on the non-compliance by Jordan with the request by the Court for the arrest and surrender [of] Omar Al-Bashir". Appeals Chamber, 12 March 2018. *ICC-02/05-01/09-326*.

TLADI, Dire. Sudan Agrees to Send Al Bashir to the ICC: What Now for the Law? *Opinio Juris*, 12 fev. 2020.

VYVER, J. D. Van der. The Al Bashir debacle. *African Human Rights Law Journal*, v. 15, 2015.

Pesquisas do Editorial

Veja também Doutrinas relacionada ao tema

- Algumas consignações acerca do tribunal penal internacional: origem, fundamento, características, competência, controvérsias e objetivos, de Márcio Medeiros Furtado – *RT* 783/469-503 (DTR\2001\103);
- Análise prática do Tribunal Penal Internacional (TPI): origem histórica, competência, procedimento, natureza das decisões e os delitos internacionais, de Celso Araújo Santos – *RDCI* 84/105-133 (DTR\2013\7359);
- Jurisdição penal internacional: das origens ao tribunal penal internacional, de Ivan Luiz da Silva – *RT* 896/445-462 e *Doutrinas Essenciais de Direito Internacional* 3/779-798 (DTR\2010\449); e
- O tribunal penal internacional e as perspectivas para a proteção internacional dos direitos humanos no século XXI, de Valerio de Oliveira Mazzuoli – *RT* 830/421-442, *Doutrinas Essenciais de Direitos Humanos* 6/1075-1107 e *Doutrinas Essenciais de Direito Internacional* 3/1045-1076 (DTR\2004\925).